This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 783 906

HARVARD LAW LIBRARY

FROM THE LIBRARY

OF

ALEXANDER LOEFFLER

Received April 12, 1932

Germany

Studien

aus dem

Strafrecht.

I.

Von

Professor J. Kohler

an der Universität Berlin.

Mannheim.
Druck und Verlag von J. Bensheimer.
1890.

Cr tx
K7 y6 st

APR 12 1932

Vorrede.

Nachstehende Studien sollen die Dogmatik des Strafrechts mit der Rechtsvergleichung verbinden.

Die lebhafte Strömung, welche die Dogmatik des Civilrechts durchdringt, muß auch das Strafrecht ergreifen. Allüberall drängt es die Wissenschaft, die Begriffe geschmeidiger zu machen, ihnen einen tieferen, reicheren Gehalt zu geben; die Begriffe sollen uns nicht mehr beherrschen, sie sollen unsere Diener sein, sie sind die Kraftmittel, mit denen wir operiren.

Allerdings wird im Strafrecht ebenso wenig wie im Civilrecht eine volle Auflösung der Begriffe erfolgen können: der Thäter-, Anstifter-, auch der Gehülfenbegriff, die Begriffe von Causalzusammenhang und Verantwortlichkeit werden wir nicht mehr entbehren mögen. Allein wir werden erkennen, daß die Verhältnisse des Lebens unendlich mannigfach sind: Thäterschaft geht in Anstiftung, Anstiftung in Beihülfe über; wir finden allüberall unzählige Varianten. Wenn wir nun auch die Unterschiede im Geistesleben, ebenso wie die Aggregatsunterschiede im physischen Leben, auf bestimmte Typen zurückführen, so müssen wir doch im Auge behalten, daß innerhalb dieser begrifflichen Gegensätze wieder unzählige Modificationen möglich sind, welche schließlich von einem Begriff zum andern überleiten, so daß wir zuletzt nur sagen können, daß eine auf der Grenze stehende Modalität mehr dem einen oder dem andern Begriff angehört.

Die Verhältnisse des Lebens aber kommen im Strafrecht in Betracht nach der Bedeutung und den Zwecken des Strafrechts, und

diese Zwecke sind eben die Zwecke der Gerechtigkeit: die Zwecke der Gerechtigkeit unserer Kulturperiode, nach unserer Auffassung und nach der Auffassung unseres jetzigen Bildungslebens.

Daß eine künftige Zeit vielleicht andere, feinere Nuancen schafft, daß sie vielleicht von anderen Tendenzen ausgeht und andere Lebenszwecke der Gesellschaft verfolgt und entsprechend auch ein anderes Strafrecht geben wird, wer möchte so vermessen sein, dies zum Voraus in Abrede zu stellen?

Schon unsere heutigen Gesetzgebungen zeigen tiefgehende Differenzen, so insbesondere in der Behandlung des Kausal- und Schuldzusammenhangs. Eine Gesellschaftsordnung, welche von der strikten Pflicht der Menschenhülfe ausgeht, wird andere Kausalzusammenhänge statuiren, wie eine Ordnung, welche den Einzelnen auf sich selbst stellt; und eine Gesellschaftsordnung mit strikter Hausgewalt wird andere Haftungszustände statuiren, als eine Lebensregelung wie die unsere. Und diese Unterschiede müssen den speciellen Theil des Strafrechts noch mehr durchdringen: die ganze Lebensordnung ist bestimmend für die Aufgaben des Strafrechts: die Kulturgüter und die Art und Weise, wie ihr Schutz erzielt wird, alles dieses gibt dem Strafrecht die Richte an.

Unsere Betrachtungsweise muß daher von rechtsvergleichendem historischem Geiste getragen sein; sie darf aber nicht die Interessen der Dogmatik übersehen: unser jetziges Recht ist der Querschnitt einer großen historischen Periode, es ist ein Situationsbild in der Flucht der Erscheinungen; es ist nichts zufälliges, es ist das vernünftige Gebilde einer Welt der Entwicklung: es faßt daher einen reichen Fond juristischer Triebkräfte in sich, und diese zu erforschen ist die Aufgabe des Dogmatikers.

Daß auch die Dogmatik das gegebene Recht nur im Lichte der bestimmten Kulturperiode betrachten darf, daß sie insbesondere das Recht des eigenen Landes nur im Zusammenhalte mit dem Rechte der Mitkulturvölker erfassen kann, — da unsere Kultnr kein isolirtes Ge-

bilde ist, sondern mit den Kultursphären anderer Mächte in ständigem Kontakte steht — alles dieses ist eine Ueberzeugung, der man sich nicht wird verschließen können; um so weniger, als im Strafrecht die rechtsvergleichende Methode nicht erst neuesten Datums ist und schon vor Jahrzehnten Versuche gemacht wurden, die Gesetzgebungen anderer Nationen in wissenschaftliche Mitberücksichtigung zu ziehen. Das Strafrecht ist, wie das Handelsrecht, dadurch dem Civilrechte weit überlegen. Dieser Methode hat das Strafrecht viel von seiner Frische zu verdanken, und wir werden dieses kräftige Mittel der Erneuerung niemals wieder aufgeben.

Selbstverständlich kann nicht von jedem verlangt werden, daß er diese Methode nach allen Seiten hin verfolge: verschiedene Wege sind möglich; das Ziel der Erkenntniß werden wir um so sicherer erreichen, wenn von verschiedenen Seiten aus der Versuch gemacht wird, mit Energie die zahlreichen Hindernisse zu bewältigen, welche sich der menschlichen Erkenntniß entgegenstellen.

Dieser ersten Sammlung von criminalistischen Abhandlungen soll in Bälde eine zweite Reihe folgen, welche neben dogmatischen auch historische Abhandlungen enthält.

Berlin, 1889.

Kohler.

vgl. dazu Ed. v. Liszt in Z. XXV, S. 44 ff. –

I.

Der strafbare Versuch, insbesondere der sog. untaugliche Versuch.

§ 1.

Wenige strafrechtliche Entscheidungen des Reichsgerichts haben die juristische Welt so sehr bewegt, wie die berühmten Entscheidungen bezüglich des sog. untauglichen Versuchs, und zahlreich sind die Kritiken der Theoretiker, wie der Praktiker gewesen. Wir können uns nun zwar weder in Bezug auf die Argumentation dem Reichsgericht anschließen, noch können wir seine Entscheidungen in allem und jedem als richtig betrachten; wohl aber stellen auch wir uns in Opposition zu der bis dahin ziemlich herrschenden Lehre und nehmen an, daß die reichsgerichtlichen Entscheidungen einen bedeutenden Schritt zum Richtigen enthalten, daß sie das Strafrecht wesentlich gefördert haben.

Bekanntlich unterschied man und unterscheidet man vielfach jetzt noch zwischen dem eigentlichen untauglichen Versuch und zwischen den Fällen, wo der Versuch mit an sich tauglichen Mitteln oder an einem an sich tauglichen Objekt operirt, aber durch irgend welches Dazwischentreten vereitelt wird und nicht zur Vollendung gelangt. Dieses Dazwischentreten kann natürlich vornehmlich darin bestehen, daß das Mittel nicht die nöthige Energie in sich trug oder daß das Objekt so gekräftigt war, daß es der Einwirkung widerstand. Nun hätte man hier auch von einer Untauglichkeit sprechen können; allein man bezeichnete diese Untauglichkeit als eine relative: in thesi sei Mittel und Objekt tauglich gewesen und nur im einzelnen Fall sei hier ein Zwischenpunkt eingetreten; und so entwickelte sich die Lehre von der absoluten und relativen Untauglichkeit.

Doch bevor wir weiter gehen, wollen wir noch einen Augenblick bei den Begriffen Mittel und Objekt stehen bleiben und mit einem

Worte die Polemik Hälschners (Deutsch. Straf-R. I. S. 348 ff.) erwähnen, wornach diese Unterscheidung zwischen Mittel und Objekt innerlich überhaupt nicht zu halten wäre, sofern das Objekt, wie das sog. Mittel, beide nur Mittel des Erfolges seien, so daß mithin Objekt und Mittel nicht in Gegensatz treten dürften. Allein diese Polemik ist insofern verfehlt, als bei dem Gegensatz von Mittel und Objekt nicht an die Relation der Dinge zum deliktuosen Erfolge, sondern an die Relation der Dinge zur deliktuosen That, zu den deliktuosen Bewegungserscheinungen gedacht ist. Diese Bewegungserscheinungen sind nun aber meistens so geartet, daß eine bestimmte Sache auf eine andere wirkt, daß die eine Sache die Erregerin oder die Trägerin einer Bewegung ist, während die andere Sache das Ziel der Bewegung darstellt. Wenn man daher von untauglichen Mitteln und untauglichen Objekten spricht, so versteht man Mittel und Objekt als Faktoren der gedachten Bewegungserscheinung, und zwar als Faktoren, welche hierbei eine wesentlich verschiedene Rolle spielen. Daß eine solche Unterscheidung unter Umständen praktisch sein kann, daß sie praktisch sein kann, obgleich die beiderseitigen Bewegungsfaktoren wieder eine höhere Einheit bilden und sich unter einen gemeinsamen Nenner bringen lassen, scheint mir nicht zu bezweifeln.

Wenn übrigens soeben von Bewegungserscheinungen gesprochen wurde, so muß bemerkt werden, daß ein Analoges auch auf dem Gebiete der geistigen Welt vorkommt. Wenn der Schuldner Exekutionsobjekte wegschafft und dadurch die Forderung in ihrer Befriedigungsfähigkeit schwächt, wenn Jemand ein Werk nachdruckt und dadurch das immaterielle Recht in seiner Sphäre angreift, wenn Jemand durch Betrug gegen eine Vermögenssituation vorgeht, so ist hier allüberall von einem Objekt und von Mitteln des Angriffs die Rede, obgleich in dieser Beziehung keine Bewegung nach einem körperlich bestimmten Objekte, sondern eine Beeinflussung durch Verrückung der juristischen Lage der Dinge stattfindet. Allein auch in der Rechtswelt gibt es eine der körperlichen Beeinflussung analoge Beeinflussung, bei welcher, ganz ähnlich wie bei einer körperlichen Bewegungsbeeinflussung, von Mittel und Objekt gesprochen werden kann.

Wenn nun auch nach dem Folgenden eine Unterscheidung zwischen Mittel und Objekt hinsichtlich ihrer Tauglichkeit oder Untauglichkeit nicht gerade von sehr erheblicher praktischer Bedeutung ist, so ist sie

doch zur praktischen Veranschaulichung von Werth, und darum war es entsprechend, auf die Polemik Hälschners einzugehen.

§ 2.

Zur Bestätigung der gedachten herrschenden Lehre hat man verschiedenes angeführt. Man hat insbesondere gesagt, daß der strafbare Versuch einen Anfang der Ausführung enthalten müsse, ein Anfang der Ausführung könne aber nicht vorliegen, wo die Ausführung von vornweg unmöglich sei.*) Allein dieses Argument ist verfehlt.**) Denn einerseits handelt es sich bei dem Ausdrucke „Anfang der Ausführung" um eine gesetzliche Ausdrucksweise zur Bestimmung des Satzes, daß der Versuch erst dann in den Schatten des Strafrechts eintritt, wenn der Gedanke zur That geworden, wenn die beabsichtigte That sich mit genügender Deutlichkeit und Energie in dem thatsächlichen Verhalten ausgeprägt hat; wie solches alsbald ausgeführt werden soll. Aus den Worten „Anfang der Ausführung" auch die Möglichkeit des Schlusses zu folgern, ist daher völlig unstatthaft; es ist um so unstatthafter, als, wenn man auch bei dem Worte bleibt, es unrichtig ist, zu sagen, nur das könne einen Anfang haben, was auch einen Schluß haben kann. Wie vieles wird begonnen, dessen Ausführung im vollsten Bereiche der Unmöglichkeit liegt?

Oder sollte es kein Versuch sein, einen versunkenen Gegenstand wieder zu holen, wenn derselbe bereits außerhalb des Bereiches menschlicher Einflüsse gelangt ist? Sollte es kein Versuch sein, einen ertrinkenden Menschen zu retten, wenn auch derselbe bereits in Wassergebiete gebracht ist, in welche wir nicht mehr dringen können? Oder einen todtkranken Menschen zu retten, wenn ihn der Tod bereits an der Stirnlocke zerrt? Oder ein Haus zu bauen, welches nothwendig bei der Hälfte schon zusammenstürzen muß? Nur soviel ist sicher, daß der Ausführende gewöhnlich nur dann die Ausführung beginnt, wenn er an die Ausführbarkeit glaubt und die Vollendung für möglich hält; aber wenn er daran glaubt, so beginnt er eben etwas objektiv unmögliches.

---

*) Dieses Argument wird schon von Aelteren gebraucht, z. B. von Rossi, von Zachariä (Lehre vom Versuche I. S. 247 ff) u. a.

**) Vgl. hiergegen auch Hertz, Versuch mit untauglichen Mitteln S. 67 ff; Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts S. 201.

Bedeutungsvoller sind die Einwände, welche davon hergeleitet werden, daß es im Falle der totalen Unmöglichkeit an jener Gefährdung menschlicher Interessen fehle, welche allein den Eingriff des Strafgesetzes rechtfertigen könne; etwas ganz und gar unschuldiges zu strafen, sei doch nicht angemessen, und das Beispiel, welches vor allem als argumentum ad hominem figurirt, ist das bekannte, etwas phantastische Beispiel des — Todtbetens. Man erklärt, es könne doch derjenige nicht gestraft werden, welcher in der Meinung, durch Beten oder durch irgend welchen Gebrauch, wie durch Anzünden eines Wachsbildes, den Tod eines Anderen herbeiführen zu können, auf solche Weise gegen seinen Gegner vorgeht; und nehme man die Strafbarkeit des Todtbetens nicht an, so bleibe nichts übrig, als überhaupt die Strafloſigkeit des untauglichen Versuchs zu statuiren.*)

Hierbei wird aber ein wesentlicher Unterschied übersehen.**) Bei dem Todtbeten will der Thäter nichts anderes thun, als todtbeten, d. h. er will beten in der Meinung, daß dieses Beten zum Tode des bestimmten Dritten führe. Das, was der Thäter thun will, ist daher etwas harmloses, etwas unschädliches, etwas das, wenn es auch vollständig so ausgeführt wird, wie der Thäter die Sache will, Niemandem schädlich ist.***) Im Falle des Todtbetens steht daher der Thäter nicht auf gleicher Stufe mit einem solchen, welcher ein Gewehr abschießt, das er für geladen hält, sondern auf der Stufe dessen, welcher ein ungeladenes Gewehr abschießen will, in der Meinung, daß auch ein ungeladenes Gewehr Jemanden tödten könne, etwa in Folge des erregten Luftstromes oder in Folge irgend welcher

*) Unzutreffend ist es allerdings, in solchen Fällen anzunehmen, daß lediglich Simulation oder ähnliches vorliege, oder daß die Zurechnungsfähigkeit des Thäters in Zweifel komme und daß sich mit einem solchen Menschen die Strafrechtspflege nicht zu beschäftigen brauche; vgl. H. Seuffert in der Breslauer Festschrift für Gneist S. 167 ff. Ueber frühere Autoren vgl. Zachariä, Lehre vom Versuche I. S. 241 ff.

**) Im Wesentlichen findet sich die richtige Ansicht bei dem genialen Köstlin, System I. § 83 S. 228 ff. und bei Goltdammer, Materialien I. S. 274, Hälschner, Preuß. Strafr. I. S. 189 (anders deutsches Strafrecht I. S. 344 ff). Vgl. insbesondere auch v. Rohland in seiner Schrift über die Gefahr im Strafrecht S. 105 ff.

***) So auch Bishop, commentaries on the criminal law (7. Ed. Boston 1882) I. § 731: in attempt the intent must be specific to do some act. which, if it were fully performed, would constitute a substantive crime.

geheimnißvoller Kräfte, welche er dem Gewehre zuschreibt. Wer aber nichts anderes thun will, als ein ungeladenes (Niemandem schädliches) Gewehr abschießen, der hat überhaupt keinen deliktuosen Dolus. Allerdings will der betreffende einen Menschen tödten; aber der blanke Wille, einen Menschen zu tödten, ist noch kein strafrechtlich relevanter Wille: ein deliktuoser Wille liegt nur dann vor, wenn Jemand den Willen hat, eine Veränderung in der Außenwelt zu setzen, welche Veränderung so gestaltet ist, daß sie den Tod einer Person oder irgend einen anderen Schaden mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit herbeiführt. M. a. W. das Strafrecht verlangt einen individualisirten Willen, nicht etwa bloß einen abstrakten Erfolgwillen; es verlangt einen Willen, der durch das Medium eines Naturcausalismus hindurch den Erfolg herbeiführen will. Wer daher eine Naturveränderung beabsichtigt, welche lediglich einen unschädlichen Luftstrom erregt, der beabsichtigt überhaupt keine auf den Erfolg hinführende That. Sein Wille ist nur dadurch deliktuos gefärbt, daß er einen deliktuosen Erfolg will; aber da er keine zum Erfolg hinführende Thätigkeit will, so ist sein Wille ein platonischer und darum ohne deliktuose Bedeutung.

Daraus ergibt sich die Straflosigkeit des Todtbetens von selbst; es ergibt sich aber auch, daß dieser Fall mit dem gewöhnlichen Falle des sog. untauglichen Versuchs nichts zu thun hat: denn nicht deßhalb ist das Todtbeten straflos, weil der Thäter etwas zur That untaugliches thut, sondern weil er etwas zur That untaugliches will und weil ihm daher der auf eine deliktuose Handlung gerichtete Wille fehlt.

Man wird nun allerdings entgegenhalten, daß der Thäter einen zum Erfolg führenden Kausalismus in seinen Geist aufgenommen und in seinen Willen übergeleitet habe; denn der Thäter wolle das Todtbeten in der Meinung, daß dasselbe einen tödtenden Erfolg habe. Aber dieser Einwand ist ungerechtfertigt. Bei der Frage, ob der Thäter etwas Deliktuoses will oder nicht, kommt nicht der von ihm eingebildete, sondern der wirkliche Naturkausalismus in Betracht; es kommt nicht in Rücksicht, ob das Geschehene nach der Meinung, welche der Thäter von der Entwicklung der Natur- oder Geisteskräfte hat, zum Erfolg führen müßte, sondern ob es nach dem wirklichen Naturcausalismus ihn bewirken könnte; der auf imaginäre Natur- oder Geisteskräfte gerichtete Wille ist keiner, welcher strafrechtlich rele-

vant sein kann. Vielmehr wird die der Naturordnung widersprechende Meinung des Thäters hinweggedacht, und was übrig bleibt, ist hier lediglich und allein der auf ein unschuldiges Thun gerichtete Wille.

Aus dem Gesagten ergibt es sich von selbst, daß aus der Straflosigkeit des Todtbetens ein Argument gegen die Strafbarkeit des Versuchs mit untauglichen Mitteln nicht zu entnehmen ist; denn der Grund der Straflosigkeit liegt in dem indifferenten Inhalte des Willens, er liegt nicht in der Inferiorität des wirklich gewählten Mittels. Zur Illustrirung des Satzes mögen folgende Beispiele dienen:

Eine Frauensperson, welche sich jede Nacht auf ihren Leib ein Zeichen macht, in der Meinung, daß dadurch das Kind abgeht, muß straflos bleiben; ebenso die Schwangere, welche sich lediglich ein Kraut ins Lager legt, was nach verbreitetem Aberglauben die Abtreibung der Frucht zur Folge hat. Dagegen ist es strafbarer Versuch, wenn die Schwangere ein wirkliches Abortivmittel nehmen will und aus irgend einem Grunde, z. B. aus Verwechslung etwas anderes nimmt; ebenso wenn die Schwangere sich ein Abortivmittel geben läßt und ihr die Gehülfin einen unschuldigen Trank gibt: denn hier hat die Schwangere einen wirklichen Abortivtrank nehmen wollen.

In gleicher Weise ist es ein Unterschied, wenn etwa Jemand in der Meinung, daß der Hauch einer Blume todtbringend ist, Jemandem die Blume ins Zimmer legt; und es ist etwas anderes, wenn Jemand seinem Feinde ein vergiftetes Gas ins Zimmer leitet, dabei aber nicht weiß, daß der Schlafende bei offenem Fenster schläft, so daß der Giftstrom völlig unschädlich bleibt.

§ 3.

Man hat hiergegen geltend gemacht,*) die äußere That sei in beiden Fällen die gleiche, sowohl wenn der Thäter Arsenik geben will und Zucker gibt, als auch wenn er Zucker gibt, in der Meinung, daß der Zucker in der betreffenden Menge tödtlich wirke: folglich würde lediglich die Meinung des Thäters, sein besseres oder schlechteres Wissen, seine bessere oder schlechtere Kenntniß der Naturfolgen, entscheidend sein. Allein nicht die Meinung entscheidet, sondern der Wille,

*) Vgl. namentlich Baumgarten, Lehre vom Versuche S. 319 ff., wo auch weitere Literatur.

und der Wille ist eben in dem einen Falle ein strafrechtlich relevanter, im anderen Falle nicht.*) Die Einwürfe beruhen auf einer unrichtigen Würdigung des deliktuosen Willens. Wie bereits oben angedeutet: nicht der Wille Jemanden zu tödten oder zu verwunden schlechthin ist deliktuos, sondern der auf einen Akt gerichtete Wille, welcher diese Folge herbeiführen kann. Der Wille muß individualisirt sein, sonst ist er bloßer Wunsch.**) Ist der Wille nun aber in der Art individualisirt, daß der Wollende ein ganz unschuldiges, harmloses Thun ins Leben setzen will, so kann seine weitere Meinung, daß dieses Thun einen verletzenden Erfolg nach sich ziehen wird, weder das Thun zu einem verletzenden, noch die Absicht auf dieses Thun zu einer deliktuosen machen. Wenn A. auf dem Boden der Mutter Erde spazieren gehen will, soll man es als deliktuos betrachten, wenn er dies will in der Meinung, daß jedesmal ein Antipode auf der entgegengesetzten Hemisphäre in die Luft fliege? Wenn Jemand an geheimnißvolle Kräfte glaubt, soll man es für deliktuos ansehen, wenn er nach Sperlingen schießt, in der Meinung, daß dieser Schuß jeweils einem seiner Feinde das Leben kostet? Gewiß nicht: Das Strafrecht hat es nicht mit dem Wunsche zu thun, sondern nur mit dem konkreten Wollen: das Wünschen, daß der B. todt sei, liegt sowenig in der Sphäre des Strafrechts, daß auch das Wollen einer Einwirkung nicht dadurch deliktuos wird, daß der Thäter diese Einwirkung (irrig) für schädlich, ja für todtbringend erachtet.

Daraus gibt sich von selbst, daß, wenn das Wollen auf etwas nicht verletzendes geht, dieses Wollen nicht dadurch deliktuos wird, daß es mit dem Wunsche gepaart ist, daß damit eine Verletzung verbunden sein möge; und auch nicht dadurch wird es deliktuos, daß mit dem Wunsche zugleich die Meinung besteht, daß die geplante Einwirkung in der Lage wäre, diesen Wunsch zu erfüllen. Damit ist von selbst die Straflosigkeit solcher Handlungen aufgewiesen, bei welchen der Wille auf eine unschuldige Kausalwirkung gerichtet ist. Die Wünsche als solche sind straffrei. Sie können nicht dadurch strafbar werden, daß der Wunsch mit dem Willen gepaart ist, eine objektiv völlig unschuldige Kausalkette zu entladen; sie können auch nicht dadurch strafbar werden, daß die Meinung besteht, die Kausalkette

**) Vgl. Bünger, Vorstellung, Wille und Handlung S. 17 ff.

sei nicht unschädlich, sondern schädlich, und der erregte Luftstrom würde dem Gegner das Lebenslicht ausblasen.

Das Recht hat auch vollkommen „Recht", daß es sich um derartige „unschädliche" Willensregungen nicht kümmert;*) sind sie auch nicht unschuldig von moralischem Standpunkt, ist auch immerhin zu fürchten, daß es vielleicht bei dem Wunsche nicht bleibt und der Uebelwünschende auch zum Uebelwollen, d. h. zum Wollen von etwas wirklich übelthuenden und zur wirklichen Uebelthat fortschreitet, so ist doch die Sache nicht dazu angethan, daß das Recht eingreift; denn das Recht hat nicht alle schlimmen Einflüsse zu strafen, es hat nicht überall zu strafen, wo zu befürchten ist, daß Jemand auf der Bahn der Unsittlichkeit zum Delikte gelangen könnte.

§ 4.

Noch weniger strafbar als die That mit indifferentem Willen, ist das sog. Putativdelikt; dieses unterscheidet sich von dem untauglichen Versuche wesentlich. Bei dem untauglichen Versuche ist mindestens ein verletzender Erfolg erstrebt, wenn auch auf einem incongruenten Wege; beim Putativdelikt aber enthält der gewünschte Erfolg selbst keine rechtlich relevante Verletzung, sondern der Thäter glaubt nur, daß der Erfolg verletzend sei, daß das Gesetz diesen Erfolg verbiete.**) Wer mit seiner entfernten Verwandten concumbirt, wird nicht dadurch strafbar, daß er meint, das Gesetz erkläre eine solche Verbindung für Incest; und der Orientale, der bei uns Wein trinkt, ist nicht deßhalb strafbar, weil er vermeint, daß das Verbot des Weintrinkens auch bei uns gelte und auch bei uns Peitschenhiebe zur Folge habe; der Chinese, der bei uns ein Kleid mit dem Bilde des Drachen trägt, wird nicht strafbar, wenn er es auch für selbstverständlich erachten würde, daß dies bei uns ebenso strafbar sei, wie nach dem Ta tsing lü li (vgl. s. 175 und 429 desselben).***) Wer mit einer Dirne concumbirt, wird nicht deßhalb strafbar, weil er glaubt, daß die einfache Unzucht strafbar sei, wie nach früheren

*) So vom Standpunkte unserer Kulturordnung aus. In anderer Kulturordnung kann es sich anders verhalten. Vgl. unten S. 33.

**) Literatur bei Binding, Handbuch des Strafrechts I. S. 692.

***) Vgl. mein Chinesisches Strafrecht S. 33.

Gesetzgebungen; und ebensowenig verfällt der dem „Strafgulden", welcher glaubt, daß es bei Geldstrafe verpönt sei, Nachts spazieren zu gehen. Und wer es für strafbar hält, zu gewissen Zeiten mit einer Frau zu concumbiren, wird nicht dadurch strafbar; auch wenn er etwa aus einem Lande ist, wo darüber bestimmte Ansichten bestehen, so daß seine Meinung sich darauf gründet.

Ein Putativdelikt ist dann gegeben, wenn Jemand zu delinquiren glaubt auf Grund eines strafrechtlichen Verbotes, welches nicht existirt, indem er auf Grund dieses vermeintlichen Verbotes einen Erfolg für verpönt hält, welcher nicht mit Strafe bedroht ist. Hält Jemand eine Sache für das Eigenthum eines Dritten, während sie seine eigene Sache oder eine res nullius ist, so liegt kein Putativdelikt vor; wohl aber würde ein solches vorliegen, sofern Jemand die Sache allerdings für herrenlos hielte, aber annehmen würde, daß man herrenlose Sachen nicht ohne Weiteres occupiren dürfe. Wenn ferner Jemand ein Buch nachdruckt im irrigen Glauben, daß dasselbe noch autorrechtlich geschützt sei, so begeht er kein Putativdelikt, sondern er verfehlt sich gegen ein untaugliches Objekt; wenn aber Jemand in einem Lande, in welchem gar kein Autorschutz besteht oder bezüglich eines Buches, welches des Autorschutzes gar nicht fähig ist, einen Nachdruck bewirkt, dann liegt Putativdelikt vor. Ebenso liegt putative Fälschung vor, wenn Jemand glaubt, daß schon die Fälschung einer rechtlich unerheblichen Privaturkunde als Fälschung strafbar sei.

Aber auch ein Irrthum über ein vorhandenes materielles Recht kann Anlaß zu einem putativen Delikte geben, sofern es sich dabei nicht um ein individuelles Recht des einzelnen Falles, sondern um eine allgemeine Berechtigung handelt, so daß per consequentiam die Anschauung über den Umfang der strafrechtlichen Norm sich anders herausstellt, als sie ist. Es ist daher Putativdelikt, wenn A. den B. züchtigt in der Meinung, daß ihm ein Züchtigungsrecht nicht zur Seite stehe; es ist Putativdelikt, wenn Jemand sich für sein Eigenthum wehrt, obgleich er annimmt, daß eine Eigenthumsnothwehr nicht gestattet sei. Ebenso ist es Putativdelikt, wenn Jemand annimmt, daß das freie Occupationsrecht durch gewisse Monopolgesetze, der freie Gewerbebetrieb durch gewisse Zunft- und Bannrechte, die freie Benützung einer öffentlichen Quelle durch besondere Satzungen zu Gunsten der Gemeinde beschränkt sei. Hier handelt es sich allüberall

um die Frage über allgemeine Berechtigungen, insbesondere um die Frage der Ausscheidung der allgemeinen Fakultätsbefugnisse von den individuellen Rechten — und solche Fragen berühren das allgemeine Thundürfen der Menschen, und per consequentiam die Ausdehnung der Strafgesetze, welche das Unerlaubte bedrohen.

Daß es anders ist, wenn sich Jemand über das Eigenthum einer individuellen Sache irrt und eine fremde Sache wegnehmen will, während sie seine eigene ist, oder wenn er sich irrt über den Zustand der Nothwehr, in welchem er sich realiter befindet, und Jemanden angreift, ohne von der faktischen Nothwehrsituation etwas zu wissen, versteht sich von selbst: hier ist der Irrthum ein Irrthum über eine individuelle Situation, hier handelt es sich um untauglichen Versuch, um ein délit manqué. Zwar ist der Erfolg im konkreten Fall auch hier kein mit Strafe bedrohter — aber nur weil im individuellen Falle die Verhältnisse sich anders gestalten, als der Thäter meinte — nicht weil die abstrakte Rechtsordnung anders gestaltet ist, als der Thäter angenommen hat.

§ 5.

Kehren wir zum untauglichen Versuche zurück. Oben war die Rede von derjenigen Art des untauglichen Versuchs, bei welcher der Wille auf etwas rechtlich Indifferentes und Harmloses gerichtet ist. Davon ist der Fall wohl zu scheiden, wenn der Wille auf eine verletzende Thätigkeit gerichtet ist und dieser Wille bei der That scheitert.

abstract.

Zur Würdigung dieses Falles ist aber eine Betrachtung über das Wesen des strafbaren Versuches vorauszuschicken.*)

Das Wesen des strafbaren Versuches besteht darin, daß der Wille zwar den entsprechenden verletzenden Erfolg nicht herbeigeführt hat, daß aber dieser Wille nicht bloß Wille geblieben, sondern sich in einer solchen Weise objektivirt hat, daß der Wille dadurch bereits ersichtlich zu Tage getreten ist. Die Objektivirung

*) Ueber die Bedeutung des Versuchs im römischen und germanischen Rechte ist hier nicht zu handeln. Bezüglich des chinesischen Rechts, wo der Versuch milder als die Vollendung bestraft wird, vgl. mein chinesisches Strafrecht S. 25. Nach rabbinischem Rechte wurde der Versuch in der Regel nicht bestraft; Jassel, Das mosaisch-rabbinische Strafgesetz S. 9.

gilt nicht etwa bloß als Beweis des Willens, denn dieser kann aus anderen Umständen erwiesen werden — er kann erwiesen werden durch Geständnisse, Briefe, geheime Werkzeuge. Die Objektivirung ist auch nicht in der Weise erforderlich, daß einem jeden, welcher den Thäter antrifft, der Vorsatz sofort ersichtlich ist — der Landesverräther, welcher mit Festungsplänen der Grenze zueilt, kann diese Festungspläne tief versteckt halten — alles dieses ist nicht das Wesen der Objektivation. Ihr Wesen besteht vielmehr darin, daß der Wille mit seiner individuellen Eigenart in der That seinen Ausdruck gefunden hat, in der That, sei es, daß sie einem dritten Beschauer sofort erkennbar ist, oder daß sie nur erkennbar wird, wenn man den Thäter durchsucht — denn das wesentliche ist, daß der Wille sich in That umgesetzt hat. Und diese Umsetzung muß soweit gediehen sein, daß die delikticische Bestrebung bereits in ihrer individuellen Gestalt zur Ausprägung gelangt ist. Es genügt ein Rohbild der That, aber das Rohbild muß bereits die Züge der That zeigen.

Man hat zwar nicht ohne Schein geltend zu machen gesucht,*) daß der Wille nur insofern wahrer Wille ist, als er sich durch die Handlung verkörpert, sodaß, wenn das Wollen nur bis zu einer bestimmten Stufe Verkörperung gefunden hat, auch nur ein bis zu dieser Stufe schreitender Wille überhaupt zu rechtlicher Berücksichtigung kommen könne. Dies ist aber unzutreffend; es wird dabei die proleptische Bedeutung des geäußerten Willens nicht genügend gewürdigt: weil nämlich der menschliche Wille ein zielbewußter Wille ist und mit hergebrachten Mitteln operirt, so ergibt sich daraus von selbst die Möglichkeit, daß er auch schon in einem früheren Momente seiner continuirlichen Funktionen das Ziel verkörpert, welchem er entgegenstrebt. Es ist etwas anderes, ob ein Mensch einbricht, nur um zu zeigen, daß er die nöthige Kraft und Geschicklichkeit habe, und etwas anderes, wenn ein Mensch einbricht, um zu stehlen — es ist etwas anderes, auch wenn die Handlung nicht über das Stadium des Einbrechens hinausgegangen ist. Es ist ebensosehr etwas anderes, wie der Kurs des Schiffes mit dem Moment der Deviation sofort ein anderer ist, auch dann, wenn sich die beiden Wege noch nicht geschieden haben.**) In beiden Fällen ist nicht nur die innere Verfassung eine

*) Vgl. Bünger, in seiner bemerkenswerthen Schrift: Vorstellung, Wille und Handlung S. 62 ff.

**) Vgl. deutsches Handelsgesetzbuch Art. 817 Abs. 3.

andere, sondern auch die äußere Art der Bethätigung: Vorbereitung, Leidenschaft, Kraftanwendung u. s. w. ist in beiden Fällen verschieden und drückt der Handlung ein verschiedenes Gepräge auf.

Allerdings ist die Objektivirung des Willens durchaus nicht immer eine so prägnante, daß die Handlung selbst allen Zweifel ausschließt, daß, wenn man nur die Handlung, nichts weiteres ins Auge faßt, die That ihre unzweifelhafte Charakteristik bietet. Allein dies ist auch nicht nöthig; es genügt eine Charakteristik nach den Erfahrungen des Lebens. Auch bei vollendetem Delikt ist der Wille des Thäters vielfach in der That noch nicht zum unzweideutigen Ausdrucke gekommen: häufig kann dieselbe That der Körper für das eine oder andere sein, und häufig muß man auch hier auf Umstände außerhalb der That Rücksicht nehmen, um zur unzweideutigen Charakteristik der That zu gelangen. Das beruht aber auf der mangelhaften Congruenz der geistigen und der körperlichen Natur, in Folge welcher, selbst bei den größten Leistungen, oftmals ein unausgedrückter Rest der geistigen Natur übrig bleibt.

Daher hat man mit Recht gesagt daß die Umstände des Lebens, und zwar hier die Umstände des Verbrecherlebens bedeutend in Rücksicht kommen. In dem Einschleichen zur Nachtzeit kann ein Versuch des Diebstahls genügend objektivirt sein,*) ein Versuch des Mordes aber wohl nur, wenn der betreffende etwa mit blanker Waffe eindringt, und ein Entführungsversuch nur, wenn entsprechende Veranstaltungen getroffen sind, welche auf eine Entführung hindeuten; während ein Nothzuchtsversuch hierin überhaupt noch nicht gefunden werden kann.**) Deßgleichen ist es sicher unzutreffend, wenn man in dem Verfertigen einer falschen Urkunde bereits einen strafbaren Versuch gefunden hat, indem der Wille, mit dieser Urkunde einen Anderen zu

*) In England und Amerika geht man weiter; man hat in Georgia einen strafbaren Versuch des Diebstahls darin erblickt, daß Jemand einen Schlüssel in Wachs abdrückt und sich einen falschen Schlüssel machen läßt; vgl. darüber Bishop I. § 764, Wharton § 2693.

**) So wurde in England angenommen, daß es kein strafbarer Versuch sei, wenn Jemand in der Absicht, ein Kind unter 12 Jahren zu mißbrauchen, sich lediglich an Ort und Stelle begeben hat, Bishop I. § 762 (in Sachen Reg. v. Meredith). In Californien hat man angenommen, daß ein strafbarer Inceſtversuch noch nicht gegeben sei, wenn die beiden Personen, der Eheschließung halber, mit einander durchgegangen sind und zu einem Beamten geschickt haben, um die Trauung zu vollziehen; Bishop I. § 764.

täuschen, damit durchaus nicht zum Ausdrnck gelangt ist; wie viel falsche Urkunden kann Jemand fertigen, bis ihm eine als hinreichend gelungen erscheint, um sich derselben mit Erfolg zu bedienen?*) Dagegen läge ein Versuch allerdings vor, wenn Jemand eine solche Urkunde etwa absenden würde und der Brief wegen mangelhafter Adressirung an die falsche Person gelangte, mit welcher die Urkunde gar nichts zu thun hat; oder wenn der Thäter die Urkunde einem Anwalte oder einem Agenten übergäbe, welcher die Unächtheit entdeckt und davon keinen Gebrauch macht.**) Ferner liegt noch kein strafbarer Versuch der Unzucht mit einem Kinde vor, wenn der Thäter demselben einen zur Zusammenkunft einladenden Brief schreibt, welchen dasselbe dem Anstaltsvorstand übergibt, u. a.

Uebrigens ist hier noch etwas wichtiges beizufügen: Der Wille muß bereits in der That zur Ausprägung gelangt sein, er muß dabei aber auch in hinreichender Energie ausgeprägt sein; in einer Energie derart, daß anzunehmen ist, der Thäter wäre bei normalem Fortgange bis zum Schlusse seiner Thätigkeit gegangen. Möglicherweise kann Jemand sich völlig den Plan des Deliktes zu Recht gelegt haben, z. B. den Plan, eine elektrische Leitung und am Ende derselben einen Knopf anzubringen, um von seinem Hause aus den Gegner elektrisch zu tödten; möglicherweise kann er sich die genauesten Informationen verschafft, die Stoffe gekauft, alles genau abgemessen und mathematisch berechnet haben, — er hat aber die Leitung noch nicht an Ort und Stelle gebracht, er hat sich auch noch nicht auf den Weg gemacht, er will es heute, morgen; — hier ist die Sache noch nicht beim Versuch***); wohl aber ist der Versuch da, sobald er mit der Leitung sich an Ort und Stelle begibt — hier ist die Schwelle, wo die Sphäre der That betreten wird, und wo den Thäter die Schatten der Tödtungsthat umgeben; denn in diesem Momente ist es klar, daß der Wille kein bloßer Luftzug ist, welcher seine Seele durchzog, sondern daß der Wille zu nachhaltiger Energie gediehen ist

Diese zwei Momente sind bei dem strafbaren Versuch wesentlich:

*) Unrichtig das Reichsgericht in verschiedenen Urtheilen; neuerdings 27. Mai 1887 XVI. S. 133. Vgl. hierüber Baumgarten S. 431 ff.

**) Vgl. Reichsgericht 9. Januar 1888 Goltdammer Archiv XXXVI S. 159.

***) Bezüglich des Tödtungsdeliktes.

Individualisirung durch die That und die nöthige Energie, der nöthige Sättigungsgrad des Wollens.

Daß hier die Rechtordnung strafend einschreitet, ist berechtigt; denn sie ist gefährdet — ich sage, die Rechtsordnung ist gefährdet: Der Thäter hat sich in einer Weise gegen die Rechtsordnung aufgebäumt, daß die Rechtsordnung Schaden erleiden kann und in thesi Schaden leiden wird.*)

Und hier haben wir eine unrichtige Idee zu entfernen, welche nach mehrfacher Seite hin die Lehre getrübt hat; eine Idee, welche gerade bezüglich des untauglichen Versuches die größte Rolle gespielt hat.**) Man versteht nämlich die Gefährdung als die Gefährdung des Rechtsgutes oder der betreffenden Person oder Sache, auf welche der Wille des Thäters d. h. die von ihm gewollte Einwirkung gerichtet ist. Das ist verfehlt. Die Rechtsordnung ist an sich eine so heilige Sache, daß ein Attentat gegen sie eine Repression verdient, ohne Rücksicht darauf, ob die Handlung so angelegt war, daß hierdurch ein bestimmtes Ding oder eine bestimmte Person in Gefahr gesetzt wird, oder nicht.

Mit einem gewissen Rechte hat man gegenüber dieser unrichtigen Individualgefährdungsidee schon das betont, daß man hiernach consequent zur Strafloſigkeit gelangen könnte; man hat argumentirt, daß, vom absoluten Standpunkt aus, die Gefahr etwas imaginäres sei, indem dieselbe nur ein subjektives Gebilde unseres mangelhaften Intellectes ist, welcher nicht alle (gegenwärtige und bezw. künftige) Faktoren durchschauen und daher nur auf Grund einer bestimmten Zahl von bekannten Faktoren beurteilen kann, ob, mit Rücksicht auf noch andere unbekannte Einflüsse, eine Verletzung zu erwarten steht. Doch darauf soll hier nicht weiter gebaut werden, da das Strafrecht für Menschen geschaffen ist, welche eben, weil ihnen die Einsicht in viele künftige Causaleinflüsse verborgen ist, ihr Handeln so einrichten müssen, daß

---

*) So sagt auch Livingstone (Complete Works, Ed. Newyork 1873) I. p. 235: The attempt to commit an o ence . . . . . is also made punishable because every attempt, although it fail of success, must create alarm, which, of itself, is an injury, and the moral guilt of the offender is the same as if he had succeeded. Vgl. auch Liszt, Lehrb. S. 191 f.

**) Die unrichtige Anschauung durchzieht auch das in vielem vortreffliche Werk von Baumgarten und führt zu unrichtigen Consequenzen.

sie einer geschützten Sache nicht allzu nahe kommen, — weil schädliche Mitfaktoren in der Nähe schlummern können, welche durch die That wachgerufen würden.

Wohl aber ist gegenüber der Individualgefährdungstheorie zu sagen, daß es eine unrichtige Zerfaserung der von der Rechtsordnung geschützten Interessen ist, wenn man nur den materiellen Einfluß auf die einzelnen Dinge und Personen in Betracht zieht. Der Einfluß des Verbrechens geht weiter: Die allgemeine Beunruhigung, die Panik, die gestörte Sicherheit, das böse Beispiel, die Macht der Gewöhnung, alles dieses frißt in der Menschheit, alles dieses wird in der Strafe zur Sühnung, zur Begütigung gebracht. Oder kommt es bei dem gefährlichen Diebe, welcher mir lediglich einen Ring stiehlt, nur auf den Ring an, auf den er es abgesehen hat? Oder ist es ein befriedigender Zustand, wenn ein Dieb straflos bleiben soll, weil die Sachen, die er stehlen will, schon fortgetragen sind? oder wenn der Taschendieb mir in die Tasche greift, die zufällig leer ist? Oder ist es nicht eine schwere Gefahr für die Gesellschaft, wenn es üblich wird, daß die unzüchtigen Frauenspersonen jeweils, wenn sie nicht zur rechten Zeit ihre Periode haben, Abortivmittel nehmen? und ist es ein richtiger Zustand, wenn man derartige Frauenspersonen straflos läßt, weil im einzelnen Fall eine Schwangerschaft nicht vorhanden — oder nicht zu konstatiren ist?*) Glaubt man, daß es ein richtiger Zustand der Rechtspflege ist, wenn ein elender Giftmischer straflos bleibt, weil er in der Verwirrung des letzten Augenblicks die falsche Büchse ergriffen hat, in welcher nur Honigseim oder Zuckerwasser enthalten war? Die Gefährdung der Menschheit durch ein solches Gebahren ist eine entsetzliche. Soll es gänzlich unberührt bleiben, daß ich von nun an jede Speisebüchse mit Scheu betrachte, jeden

*) Doch will ich gerade auf das Nichtkonstatirenkönnen kein übermäßiges Gewicht legen, es soll nur zur Kolorirung angeführt werden. Man kann nicht mit Zachariä, Lehre vom Versuche I. S. 251 ff. entgegenhalten, daß man es ja auch als gefährlich bezeichnen könne, daß ein sehr verdächtiges, aber nicht völlig überwiesenes Individuum nicht soll bestraft werden könne. Denn nicht darum handelt es sich, daß im einzelnen Fall ein Individuum unbestraft bleibt — und einen bloß Verdächtigen zu strafen, wäre ja noch weit gefährlicher —, sondern darum handelt es sich, daß Handlungen, die bewiesen sind, unbestraft bleiben, obgleich sie die sociale Ordnung gefährden.

unangenehmen Geschmack auf Gift zurückführe, ungerechten Verdacht schöpfe u. a.?

Die Ansicht, welche bei untauglichen Mitteln oder untauglichen Objekten Strafloſigkeit statuirt, beruht — von dem bereits oben widerlegten Grunde abgesehen — vornehmlich auf dieser unrichtigen Anschauung von der Strafbarkeit des Versuchs, als ob es hierbei lediglich auf die Gefährdung des betreffenden Objekts ankomme, und als ob nur diese Gefährdung bei der criminalistischen Behandlung in die Wagschale zu werfen sei.*) Das ist ein unrichtiger Individualismus;**) es wird hierbei die sociale Gefahr des Deliktes verkannt; es wird verkannt, daß ein socialer Schaden eintritt, auch wenn sich das betreffende Objekt außer Spurweite befunden hat oder das betr. Mittel im Momente aus Versehen vergriffen worden ist.

Daher ist es ganz gerechtfertigt, eine Person zu strafen, welche den schlafenden Feind zu erstechen vermeinte, wenn dieser Feind bereits einige Augenblicke vorher in den ewigen Schlaf versunken ist; auch hier klingt der ganzen Gesellschaft in das Ohr: Macbeth mordet den Schlaf. Oder wenn Jemand eine ohnmächtige Person zu nothzüchtigen vermeint, welche soeben gestorben ist; oder wenn eine Frauensperson sich mit Abortiv-Mitteln traktirt, obgleich sie sich nur aus Irrthum für schwanger hält, weil ihre Periode um 8 Tage ausgeblieben ist. Ebenso ist es vollbegründet, den Taschendieb zu strafen, welcher nichts in meiner Tasche findet***), als einen werthlosen Papierfetzen; oder den Räuber, welcher einen harmlosen Wanderer von oben nach unten durchsucht und nichts gefunden hat; oder den frechen Schurken, welcher einen Kirchenstock erbricht, der kurz vorher geleert worden ist; oder den Mörder, welcher ein Selbstgeschoß gestellt hat und dabei nicht wußte, daß der von ihm Verfolgte in das Ausland entflohen ist; oder den Wilderer, welcher in das Forsthaus hineinschießt und nicht weiß, daß der Förster ihm hinten auflauert.

*) Man vergleiche die Literatur bei Olshausen, Kommentar S. 171.

**) Dieser Individualismus findet sich insbesondere in der italienischen Literatur; beanspruchen doch die Italiener den Satz von der Strafloſigkeit des untauglichen Versuchs als den ihrigen: aber gerade er zeigt die Unrichtigkeit einer Rechtsanschauung, welche bei Berücksichtigung des einzelnen Deliktes die Bedürfnisse der sozialen Ordnung zu sehr aus dem Auge verliert. Italienische Literatur und Jurisprudenz in Rivista penale XXVII p. 235.

***) Richtig Obertrib. 20. Juni 1879 Oppenhof Rechtsprechung des Obertrib. XX. S. 307.

In gleicher Weise muß aber auch strafbar sein, wer gegen ein wirkliches Objekt vorgeht und dabei sich in dem Mittel versieht, d. h dabei ein richtiges Mittel anwenden will, aber aus Versehen ein untaugliches Mittel wählt. A. schießt und weiß nicht, daß zuvor sein Sohn das Gewehr entladen hat; A. will Gift geben und hat von dem Apotheker statt des Gifts eine unschuldige Substanz erhalten; A. will sich einer falschen Urkunde bedienen und legt aus Versehen die richtige vor — es ergibt sich dies beispielsweise aufs klarste aus der Eingabe, mit welcher er die Urkunde begleitet u. a.

In allen derartigen Fällen kann man nur dann auf die Schuldlosigkeit einer solchen Person abzielen, wenn man das Delikt nur in seiner einen Beziehung, in der Beziehung zu dem speciellen individuellen Falle betrachtet. Da könnte man sagen, daß, je ferner die Möglichkeit der perfekten Verletzung, um so weniger eine Gefährdung der Rechtsordnung vorliege. Man könnte dabei etwa auf die nicht vorhandenen Menschenkeime hindeuten, auf welche die angeblich Schwangeren mit ihrem Abortivmittel anstürmten, oder auf den Schatten des Försters, oder gar auf das Phantasiegespenst, auf welches der Wilderer abfeuert; oder auf die Süße des Zuckers, welche mir einen vergnügten Moment bereitet, während ein Widersacher mich mit Arsenik aus diesem Leben hinwegbefördern wollte. Man könnte auf den Humor hinweisen, der sich bei solchen Gelegenheiten abspielen mag, wo der Teufel als gefoppter Teufel abziehen muß.

Allein man würde die ungeheure sociale Gefahr und die entsetzlichen Mißstände verkennen, welche derartige Dinge in ihrem Schooße tragen; man würde vergessen, daß durch solche Unthaten oft größere Unruhen, schlimmere Sitten, schwereres Verhängniß verbreitet werden, als durch ein wirkliches Verbrechen. Die socialen Verhältnisse von Mensch zu Mensch werden dadurch oft in der entsetzlichsten Weise vergiftet, Vertrauen, Sittlichkeit untergraben, Unruhe und Unfrieden genährt; und der Förster, auf dessen Schatten der Wilderer zielt, irrt vielleicht wirklich als unstätes Phantom herum, jeden Augenblick fürchtend, daß die Kugel des Wildschützen diesmal seinen realen Körper trifft.*)

*) Daß dabei die Untauglichkeit als strafmindernder Strafausmessungsgrund behandelt werden kann, versteht sich von selbst. Daher lag auch der Annahme von Krug (Lehre vom Versuche S. 24) u. a., daß beim untauglichen

Daher beruht die gewöhnliche Lehre von den untauglichen Mitteln und dem untauglichen Objekte auf einer unrichtigen Anschauung von den Zwecken und der Bedeutung des Strafrechts, und darum ist der Judicatur des Reichsgerichts in dieser Beziehung, wenn auch nicht in den Gründen, so doch in der Entscheidung zuzustimmen. Man gebe im Strafrecht jenen Standpunkt auf, der nur die realen Schäden berücksichtigt. Man wisse wohl: nicht darum strafen wir den Versuch, weil er der Ausfluß eines übelwollenden Herzens und die Darlegung eines unsittlichen Dranges ist; es ist völlig unrichtig, wenn noch jetzt Viele annehmen, daß hier lediglich eine unmoralische oder rechtsfeindliche Gesinnung vorliegt, welche zwar verwerflich, aber nicht strafbar sei.*) Sondern deshalb strafen wir, weil damit ein den Bestand der rechtlichen Ordnung gefährdendes und die socialen Verhältnisse vergiftendes Element in die Atmosphäre gelegt wird, und zwar nicht bloß in der unbestimmten Art eines unfaßbaren Miasmas, sondern in der bestimmt individualisirten Art eines Giftes, gegen dessen verletzende Kraft sich die Rechtsordnung zu wehren hat.**) Wir wollen gewiß nicht bloße Unsittlichkeiten strafen; wohl aber greifbare Vergiftungen unseres Lebensverkehrs, wenn auch ihre Niederschläge im einzelnen Falle das Opfer nicht treffen können, gegen das sie in die Welt gesetzt wurden. Das ist die sociale Natur des Strafrechts; und daß das Strafrecht wie das Civilrecht mit Rücksicht auf die socialen Wirkungen und Rücksichten beurtheilt und behandelt werden muß, das ist eine der größten Errungenschaften der Neuzeit.***)

Versuch eine Strafe, aber eine mildere Strafe zu setzen sei, ein richtiger Gedanke zu Grund. So auch verschiedene frühere Gesetzgebungen; vgl. Zachariä Lehre vom Versuche I. S. 263.

*) So schon ältere Autoren, wie Rossi, Zachariä (Lehre vom Versuche I. S. 243 ff 250 ff.) u. a.

**) Es ist insbesondere unrichtig, wenn italienische Juristen annehmen, daß der untaugliche Versuch das Gebiet des Rechts nicht b trete und sich innerhalb der bloßen Immoralität halte. Das würde also heißen: das Gebiet des Rechts wird erst betreten, wenn im einzelnen Falle eine Specialgefahr herbeigeführt wird. Die Specialgefahr ist aber nicht das einzige, auf das es dem Rechte ankommt.

***) Dies ist auch das richtige an der Betrachtungsweise Hälschners deutsches Strafrecht I. S. 452, daß der Staat das Rechtssubjekt sei, an welchem das Verbrechen verübt werde, — eine Betrachtungsweise, welcher aber nur in dieser beschränkten Bedeutung zugestimmt werden kann.

§ 6.

Wir sind, wie sich aus dem Obigen ergibt, ferne davon, bloße Subjektivisten zu sein. Wir haben ausdrücklich betont, daß der Wille, einen Erfolg herbeizuführen, nicht genügt, um ein Thun zur Schuld zu stempeln; wir haben betont, daß von einer Strafbarkeit des Putativdeliktes, welches auf der irrigen Vorstellung eines gesetzlichen Gebotes oder Verbotes beruht, keine Rede sein kann; und daß ferner nur eine solche Absicht strafrechtlich relevant ist, bei welcher mindestens im Internum des Thäters die Brücke zwischen Wunsch und Erfolg geschlagen ist, indem der Thäter eine Handlung geplant hat, welche, in den irdischen Causalismus eingefügt, den Erfolg zu erzeugen vermöchte. (abstracte Causalität!!)

Was daher die objektive Theorie oft im Uebereifer gegen die subjektive vorbringt, hat theilweise seine Berechtigung; nur muß man den Unterschied anders fassen, als es die objektive Theorie thut; man darf das treibende Motiv nicht darin erkennen, daß im einzelnen Falle eine Gefährdung des individuellen Rechts vorliegt, sondern man muß den Nachdruck darauf legen, ob durch Handlungen der betreffenden Art die Interessen der Menschheit überhaupt gefährdet werden. Hierfür ist aber nicht maßgebend, wie die Sache ausgeführt, sondern wie die Sache geplant ist; nicht das ist zur Gefährdung der Rechtsordnung erforderlich, daß ein solcher Plan durch taugliche Mittel realiter zur Durchführung gelangt ist, — wohl aber, daß ein nach den Regeln der Naturordnung zum Erfolg führender Plan überhaupt zur charakteristischen äußeren Ausprägung gelangt ist. Daß auch die Ausführung mit tauglichen Mitteln erfolgte, daß ein taugliches Mittel in Anwendung gebracht wurde und dieses taugliche Mittel trotz seiner Tauglichkeit nicht zum Ziele führte: das ist nicht nothwendig, um den Plan in seiner ganzen Größe und in seiner charakteristischen Schändlichkeit an die reale Außenfläche zu rücken. Es geschieht dies oft mit viel größerer Vehemenz, wenn ein untaugliches Mittel gewählt oder gegen ein untaugliches Objekt vorgegangen wird: wer einbricht, um eine nicht vorhandene Sache zu stehlen, beunruhigt die menschliche Gesellschaft zehnmal mehr, als wer mir in die Tasche greifen will und im letzten Moment ertappt wird; wer mit einer vorher abgefeuerten Flinte auf mich anlegt, bringt einen energischeren Willen zum Ausdruck, als wer ein Stein nach mir schleudert, dem ich im letzten Augenblicke entgehe.

Der Fehler der subjektiven Theorie ist es daher, daß sie, die irdische Causalität übersehend, auch das lahme Wollen bestraft, sofern dasselbe nur einem delikticischen Erfolge zustrebt, d. h. sofern dasselbe gewählt ist, um einem deliktuosen Wunsche zu entsprechen; der Fehler der objektiven Theorie aber ist es, daß sie, selbst wenn die Brücke vom Wunsche zur Ausführung durch einen lebenskräftigen Willen geschlagen ist, d. h. selbst wenn der dem Wunsche entsprechende Wille auf eine (nach den Regeln des Causalismus) zum Ziele führende Thätigkeit gerichtet ist, doch nicht strafen will; daß sie nicht strafen will, sofern bei der Ausführung diese Brücke unrichtig angelegt oder durch die Macht der Verhältnisse hinweggetragen wurde; daß sie nur dann strafen will, wenn der die Brücke betretende Thäter von der Brücke abgedrängt wurde, — oder um ohne Bild zu reden, daß sie nur dann strafen will, wenn der Thäter nicht nur etwas Taugliches gewollt, sondern das so Gewollte auch durch etwas Taugliches in Scene gesetzt hat und lediglich an Hindernissen gescheitert ist, an welchen auch die tauglichen Mittel zerschellen können.

Beide Theorien sind daher unrichtig, d. h. sie stehen mit dem Strafrechtsgedanken, sowie ihn der Fortschritt unserer Zeit als den entsprechenden herausgebildet hat, im Widerspruch. Es steht im Widerspruch mit dem Strafrechtsgedanken, wenn man Jemanden bestraft, in dessen That nichts zum Ausdruck kommt, als der verbotene Wunsch, also Jemanden, dem man nur diesen Wunsch, nicht auch einen zum verbotenen Erfolg zielenden Causalwillen vorwerfen kann. Ebenso steht es aber auch mit dem Strafrechtsgedanken im Widerspruch, wenn man einen vollen und fertigen, causalistisch richtig gefaßten verbrecherischen Plan nicht strafen will, trotzdem er in der Außenwelt seine vollgenügende Ausprägung gefunden hat und daher geeignet ist, auf weithinaus die Gesellschaft zu erschüttern und ihr die Ruhe zu rauben; daß man einen solchen Plan straflos lassen will, weil der Thäter, durch eine glückliche Hand des Schicksals geleitet, bei der Ausführung in das Gebiet der Untauglichkeiten gerathen ist. Wenn die Menschheit noch seufzt unter der furchtbaren Panik, unter welcher sie stand, als der Thäter mit einem Gewehr in die Menschenmenge schießen wollte, welches sein Kind vorher entladen hatte, oder als der Thäter ein ganzes Dorf mit Arsenik vergiften wollte und nur in die falsche Büchse griff: so ist es gewiß nicht angemessen, auf Repression und Sühnung zu verzichten.

Mithin kann nur unsere Theorie die richtige sein; sie vereinigt die richtigen Seiten der subjektiven und der objektiven Theorie, und sie vereinigt sie nicht in systemlos eklektischer Weise, sondern sie vereinigt sie, indem sie auf einen neuen Standpunkt tritt, auf welchem das scheinbar unvereinbare sich als vereinbar erweist.

Die Frage, ob das gewollte Mittel tauglich ist oder nicht, bleibt uns also auch hier übrig; aber indem die Frage vom Gebiet des Faktischen in das intellektuelle Gebiet hinübergetragen wird, bleibt uns ein großer Theil der Schwierigkeiten erspart. Die Hauptschwierigkeit der herrschenden Theorie ist es, daß zwischen absoluter und relativer Untauglichkeit, zwischen einer Untauglichkeit in thesi und einer Untauglichkeit des einzelnen Falles unterschieden werden muß. Dies ist eine schwierige, zuletzt unlösliche Aufgabe, weil jedes Hülfsmittel im Kreise der umgebenden Bedingungen wirkt und in seiner Wirkungskraft von dieser Umgebung beeinflußt wird. Das wissenschaftliche Isoliren der Mittel, das Herausnehmen derselben aus dem Kreise der Bedingungen kann nie ein vollkommenes sein, sondern es ist nur möglich, das Mittel in den Kreis der gewöhnlichen, alltäglichen Bedingungsgruppen zu stellen und hiernach eine Durchschnittswirkung zu construiren. Daß hiernach niemals eine abstrakte Ausscheidung, ein abstraktes Herauslösen aus dem Zusammenhang und damit eine abstrakte Charakteristik in thesi, sondern immer nur ein Mehr und Minder möglich ist, leuchtet ein. Die ist dies Schwierigkeit, mit welcher sich die herrschende Lehre quälen muß.

Von unserem Standpunkte ist die Sache einfacher: wir haben keinen abstrakten Maßstab zu suchen, wir können uns völlig in das Gebiet des Concreten begeben: das was für uns entscheidet, ist die Gedankensphäre des Thäters; diese Gedankensphäre ist etwas concretes: in den vom Thäter gedachten concreten Verhältnissen soll sich die That entwickeln. Die Frage der Tauglichkeit ist daher eine concrete Frage; es ist die Frage: konnte sich unter den vom Thäter gedachten Verhältnissen das Delikt zu Ende entwickeln oder nicht? Der Kreis, in welchem sich das Mittel entwickeln soll, ist derjenige, den sich der Thäter vorstellt; in diesem concreten Kreise kann das Mittel sich als taugliches oder als untaugliches erweisen. Und dabei kommt es nicht darauf an, ob das Mittel sonst als absolut oder als relativ untauglich aufzufassen sein dürfte. Auch wenn es eine zu geringe Dosis ist, welche an dem Mißlingen Ursache trägt, liegt ein

untauglicher Versuch vor, sobald der Thäter bestimmt diese Dosis und nicht mehr gewollt hat; auch wenn die Entfernung eine zugroße ist, in welcher der Thäter schoß, liegt Untauglichkeit vor, sofern nur eben der Thäter diese bestimmte Entfernung beabsichtigt hat.

Dies gilt aber auch nur für solchen bestimmten Fall. Gewöhnlich wird der Plan des Thäters weder Dosis noch Entfernung so genau abmessen, sondern er wird beides der Ausführung überlassen. Der Thäter nähert sich eben so weit als möglich, oder er läßt das Opfer thunlichst weit an sich herankommen; versieht er sich dabei, so ist dies nicht die Folge eines untauglichen Planes, sondern Folge der unrichtigen Ausführung eines tauglichen Planes. Und ebenso ist es mit der Dosis. Diese Unbestimmtheit des Planes muß in Rücksicht gezogen werden, und man kann von Untauglichkeit nur dann sprechen, wenn der ganze Kreis von Eventualitäten, welchen der Thäter in seinen Plan gezogen hat, nur Unmöglichkeiten umfaßt.

Ein zweiter Punkt, welchen man berücksichtigen muß, ist folgender: Ist die Auffassung des Thäters über die Entwicklung der Sache im Einzelnen irrig, so ist darum sein Plan nicht untauglich: wenn sich auch die Sache nicht so entwickelt, wie er vermeint, so kann sie sich doch in einer verwandten Weise entwickeln, und diese Weise muß als das Aequivalent der von ihm gedachten Weise angenommen werden: Gedanken und Ausführung entsprechen sich selten vollständig. Dies muß insbesondere in folgender Anwendung gelten. Sind in der Auffassung des Thäters imaginäre Hindernisse, und glaubt er irrthümlich, daß sein Mittel diese imaginären Hindernisse überwinden werde, so darf man nicht deßhalb von Untauglichkeit des Planes sprechen, weil der Thäter seinen Mitteln etwas zumuthen will, dem sie nicht gewachsen sind. Man muß das eine in das andere rechnen. Der ganze Plan ist tauglich, weil zwei Zahlen einander corrigiren, und zwei sich corrigirende Fehler gelten als nicht vorhanden. Wenn also A. glaubt, daß B. stets mit einem Panzer einhergehe, daß aber seine Kugel den Panzer durchbohre, und wenn B. wirklich keinen Panzer trägt, so ist der Plan des Thäters kein untauglicher, denn das Gesammtresultat ist ein seinem Vorhaben günstiges. Die Kugel kann den B. durchbohren, — zwar nicht, weil sie den Panzer durchbohren könnte, wohl aber, weil sie den B. durchbohren kann, welcher in der That keinen Panzer trägt. Wir würden noch weiter gehen: auch wenn B. nur zeitweise ohne Panzer ausgeht, so ist der Plan des

Thäters nicht untauglich, da es ja immerhin möglich ist, daß B. im speciellen Fall einmal ohne Panzer ausgeht, mithin die Unmöglichkeit an zweifelhafte Voraussetzungen gebunden ist, mithin nicht ausschlaggebend sein kann für die Beurtheilung des Planes.

Der Thäter könnte allerdings entgegenhalten, daß man ihm auf diesem Wege eine Entwicklung der Sache zur Last lege, die er nicht in seinem Plane getragen habe: er habe auf einen Bepanzerten zielen wollen, nicht auf einen, der keinen Panzer trägt, es sei daher ein aliud geplant und ein aliud ausgeführt. Allein dagegen ist zu sagen, daß hier ein vollkommenes Aequivalent vorliegt, daß der Thäter, indem er das Hinderniß des Panzers durchbrechen wollte, implicite damit einverstanden war, daß die Kugel den B. durchbohren sollte, auch wenn er keinen Panzer trug. Es gibt doch Panzer von verschiedener Stärke; sollte sich etwa der Thäter darauf berufen dürfen, daß der Panzer (seiner Absicht zum Vortheil) weniger dicht war, als er gedacht hatte?

Ganz anders verhält es sich, wenn nicht etwa bloß eine solche secundäre Abweichung zwischen der möglichen Entwicklung und der Entwicklung der Sache im Gedankenkreise des Thäters vorliegt, sondern die Entwicklung der Sache sich in völlig verschiedener Art vollzieht, nach Richtungen, an welche der Thäter gar nicht gedacht hat. Hier kann man keine Korrektur eintreten lassen, hier kann man den Thäter nicht haften lassen für die wesentlich andere Entwicklung; denn die wesentlich andere Entwicklung ist kein Aequivalent. Das, was der Thäter wollte, war etwas anderes, und dieses andere war etwas untaugliches.

Dies gilt insbesondere dann, wenn die Entwicklung der Sache sich in außerordentlicher, seltener, dem Gewöhnlichen widersprechender Weise vollzieht. Z. B. A. stellt dem B. einen Stoff hin, den er für giftig hält; der Stoff, ist nicht giftig, aber explodirbar, und er explodirt und setzt das Leben des B. in Gefahr. Dies ist dem Thäter nicht zur Last zu legen, um so weniger, wenn die Explosion etwas außerordentliches und seltenes wäre. Oder A. schießt mit einer Kinderpistole und B., der sehr erregbar ist, fällt vor Schreck in Krankheit.

Schwieriger ist der Fall: A. gibt dem B. Zucker, indem er Zucker für Gift hält, B. aber ist zuckerkrank und der Zucker setzt sein Leben in größte Gefahr. Man muß nun zwar sagen, daß die Entwicklungs-

weise der Gifte vom Thäter nicht vorausgesehen zu werden braucht, und daß die Irrungen in Bezug auf dieselben keine wesentliche Irrungen sind, welche den Plan des Thäters als untauglichen erscheinen lassen. Im vorliegenden Falle aber, wo des Thäters Plan auf einen die normale Gesundheit zerstörenden Stoff gerichtet war, der Stoff aber, anstatt den normalen Körper zu zerstören, im Gegentheil ganz anormale körperliche Processe unterstützt hat, kann von einer Identification der einen und andern Entwicklung keine Rede sein.

Aus dem Gesagten ergibt sich auch die Entscheidung folgenden Falles. A. will die alte B., die er erhalten muß, durch Todtbeten und durch irgend welche Formeln, an deren Wirksamkeit er glaubt, tödten; die B. kommt dazu und wird, da auch sie an die Wirkung glaubt, in Folge der Furcht von einem hitzigen Fieber ergriffen, das sie tödtet; oder sie stirbt nicht, kommt aber durch das Fieber an die Schwelle des Todes. Ist A. strafbar? Die Verneinung kann nicht zweifelhaft sein. Die magische Wirkung des Mittels, welche er allein im Auge hatte, ist ausgeschlossen; eine natürliche Wirkung durch Erregung von Furcht und Schreck ist zwar möglich, liegt aber so ferne, daß sie außerhalb des Gesichtskreises schwebte, und daher dem Thäter in keiner Weise zum Dolus zugerechnet werden kann. Man kann daher auch nicht von strafrechtlichen Aequivalenten sprechen, man kann nicht davon sprechen, daß die Wirkung, so wie sie eingetreten ist, die von dem Thäter beabsichtigte Wirkung äquivalire. Anders wäre es, wenn der Thäter den nervösen Charakter der B. gekannt, hierauf und auf ihre schwache Gesundheit gebaut und die magischen Gebräuche speziell so eingerichtet hätte, daß sie sie sehen und durch sie beeinflußt werden mußte. In einem solchen Falle wäre der Wille auf etwas Taugliches gerichtet gewesen, auf etwas, welches in naheliegender Möglichkeit den Erfolg herbeiführen konnte.

§ 7.

Noch ist die Frage der Tauglichkeit oder Untauglichkeit nicht bis in ihr letztes Feld verfolgt worden.

Wir haben gesehen, daß Zucker als untaugliches Mittel zu gelten hat, wenn auch der Thäter ihn für giftig hält, und daß daher die Absicht, Jemanden mit Zucker zu vergiften, nicht als delikticische

Absicht gilt, weil sie, auch so wie sie gefaßt ist, nicht auf ein den Erfolg causirendes Thun hinzielt. Dagegen ist die Absicht Jemanden zu tödten, welchen der Thäter für lebend hält, eine delikticische Absicht, auch wenn der Betreffende bereits ein Leichnam ist.

Könnte man hier nicht folgendes einwenden, könnte man nicht sagen: Auch im letzteren Falle geht die Absicht des Thäters auf ein in reali untaugliches Objekt, nämlich auf einen in reali todten Körper, welchen der Thäter allerdings für lebend erachtet? Könnte man nicht sagen: auch im letzteren Falle liegt die Untauglichkeit bereits in dem vom Thäter als Ziel gesetzten Gegenstand, mithin hat der Thäter nicht nur in reali etwas untaugliches gethan, sondern auch in seiner Idee etwas untaugliches gewollt, das er nur eben für tauglich hielt.

Dies wäre aber eine unrichtige Argumentation. Denn die Eigenschaft, ob Gift oder Nichtgift, ist eine dem betreffenden Mittel allgemein innewohnende, in der Naturordnung gegebene Eigenschaft; wer über die Naturordnung hinaus will, der will nichts, was die Menschheit ernstlich fürchtet. Dagegen die Eigenschaft, ob ein Körper einen lebenden oder einen todten Menschen repräsentirt, ist eine specielle Eigenschaft des einzelnen Falles, und wer daher einem solchen Körper nachstellt in der Meinung, daß er lebend ist, der will nicht über die Naturordnung hinaus, er irrt sich nicht in Bezug auf die natürliche Folge der Dinge, sondern nur über die concrete Sachlage.

Das Analogon des Zuckerirrthums wäre etwa das: wenn Jemand vermeinte, daß er den Leichnam nochmals tödten könnte, um die menschliche Seele zu zerstören; wenn er vermeinte, daß man durch nochmaligen Tödtungsakt eine Seele verhindern könnte, als Schemen herumzuirren und die Menschheit zu beunruhigen. Das Analogon der Absicht, Jemanden mit Zucker zu tödten, ist die Absicht, einen Leichnam nochmals zu tödten und die Seele zu Nichte zu machen.

Die Frage der Untauglichkeit von Mittel und Objekt muß daher stets so gefaßt werden: ist ein solches Mittel oder Objekt gewählt, daß, wenn das Mittel, welches sich der Thäter vorgestellt hat, das Objekt, welches sich der Thäter vorgestellt hat, getroffen hätte, nach den Regeln der Naturordnung der Erfolg eingetreten wäre? Dasjenige, was bei dem Willen des Thäters in Abzug gebracht wird, ist lediglich das der Naturordnung widersprechende; im übrigen läßt

man die Sache sich so entwickeln, wie er in seiner Absicht trug: hiernach ist die Tauglichkeit und Untauglichkeit zu beurtheilen.

Daher ergibt sich auch Folgendes: wer Jemandem Zucker gibt, in der Meinung, daß Zucker giftig ist, bleibt straflos; wer aber Jemandem, den er für zuckerkrank hält, Zucker gibt, um ihn zu tödten, der ist strafbar, wenn auch der Kranke wirklich nicht zuckerkrank ist, sofern eben Zuckerkranke durch Zucker getödtet werden können. Wer hingegen Jemandem Zucker gibt, den er für lungenkrank hält, in der Meinung, daß Zucker Lungenkranke tödte, ist straflos.*)

§ 8.

Die Schwierigkeit der Lehre im Detail besteht nun lediglich darin, stets den Fall, in welchem der Thäter ein taugliches Mittel und ein taugliches Objekt gewollt hat und nur bei der Ausführung an Stelle des Tauglichen das Untaugliche setzte, von dem Falle zu unterscheiden, wo das beabsichtigte Mittel oder Objekt untauglich ist, und der Thäter sich damit lediglich eine Luftbrücke vom Wunsche zum Erfolge gebaut hat. Wer Arsenik in entsprechender Dose geben will und Zucker gibt, der hat sicher ein taugliches Mittel gewollt und damit einen strafrechtlich relevanten Vorsatz gefaßt; nicht aber, wer Zucker gewählt und den Zucker lediglich für eine giftige Substanz erachtet hat. Wie aber, wenn Jemand einfach bei dem Apotheker ein so und so wirkendes Gift bestellt und dieser, der Sache nicht trauend, Zucker gegeben hat? Gewiß ist hier der Plan ein tauglicher, denn der Apotheker hat wirkliche Gifte, und ein solches, welcher Art auch immer, wollte der Thäter; ein solcher Plan ist für die Menschheit gefährdend, der Apotheker hätte auch ein wirkliches Gift geben können. Anders, wenn Jemand lediglich bei einem Zauberdoctor ein kraft Magie wirkendes Gift sich geben lassen wollte, — durch solche Gifte läßt sich die Menschheit nicht in Aufregung bringen.

Gehen wir auf Fälle feinerer Art über. A. glaubt, daß die Thatsache unwahr sei und schwört den Eid; indessen ist sie wahr. Ist A. wegen versuchten Meineids zu bestrafen? Hier ist zu bemerken: der Meineid ist ein Delikt gegen eine staatliche Institution, gegen die staatliche Institution des gerichtlichen oder obrigkeitlichen Eides, ein Delikt, welches

*) Wie, wenn der Betreffende wirklich zuckerkrank ist? Darüber vergleiche oben S. 28 ff.

begangen wird durch feierliche Versicherung von etwas Unwahrem. Das Mittel der Verletzung der Institution ist das Unwahre, welches in die feierliche Fassung hineingelegt wird. Ist daher das Gesagte wahr und will der Schwörende etwas sagen, welches, wenn auch ihm unbewußt, objectiv wahr ist, so will er etwas, das untauglich ist, die Institution des Eides zu verletzen: das Untaugliche liegt daher nicht etwa bloß in der Handlung, es liegt schon im Willen, und der Glaube, daß die Aussage falsch sei, ist ebenso wenig juristisch strafbar, wie der Glaube, daß Zucker giftige Wirkung habe.*) Wesentlich anders wäre es, wenn etwa der Eid durch Vorlage einer schriftlichen Erklärung geleistet werde könnte und Jemand, welcher eine (objectiv) falsche und objektiv richtige Erklärung geschrieben hätte, die erstere einreichen wollte und aus Versehen die richtige abgeben würde; oder wenn Jemand den Offenbarungseid zu leisten hat und zwei Verzeichnisse, ein richtiges und ein unrichtiges gemacht hat, und wenn er, in der Meinung, das unrichtige zu beschwören, das richtige beschworen hätte. In diesem Fall ist ein zur Verletzung der Eidesinstitution taugliches Mittel gewollt, und es ist eine Handlung gewollt, welche die Rechtsordnung — nicht etwa bloß in der Einbildung —, sondern in der Wirklichkeit verletzt: ein solches Wollen, wenn auch gescheitert, hat doch seinen tief gefährdenden Charakter.

Wie aber, wenn der Eid vor einer zur Abnahme von Eiden nicht ermächtigten Behörde (z. B. einer Prüfungsbehörde) abgegeben wird, indem der Thäter die Behörde für dazu qualificirt erachtet? Hier ist zu unterscheiden. Hat der Thäter eine entsprechend zuständige Person im Sinne, erklärt er aber den Eid vor einer unzuständigen — z. B. es spricht Jemand den Eid vor dem Aktuar aus, statt vor dem Richter, — dann liegt strafbarer Versuch vor.**) Anders wenn der Thäter vor einer Behörde sich vereidigt, die gar keine Vereidigungs-

*) Daß das kanonische Recht von anderer Auffassung getragen ist, ist bei der ganz verschiedenen Lebensauffassung, von welcher dasselbe ausgeht, sehr begreiflich. Vgl. namentlich c. 3 C. XXII qu. 2: Fac alium. Putat esse falsum, et jurat tamquam verum sit. Forte verum est — — — — perjurus est. Dies stimmt zusammen mit der Auffassung in c. 13 C XXII. qu. 5: qui perjurare paratus est, ante, quam perjuret, jam perjurus videtur. Vgl. auch Lauterburg, Eidesdelikte S. 39 ff.; auch v. Eicken, Geschichte und System der mittelalterlichen Weltanschauung S. 562.

**) Vgl. auch Wharton, § 2283.

kraft hat: hier liegt die Untauglichkeit nicht erst in der That, sondern schon im Willen.

Ein anderer schwieriger Fall ist folgender. A. will einen Vertrag rückgängig machen, den er für gültig hält und bedient sich, um den Gegner zum mutuus dissensus zu bringen, einer falschen Vorspiegelung; in der That ist aber der Vertrag von Anfang an nichtig und das Rücktreten ist die Lösung eines bloßen Scheines. In solchem Fall ist strafbarer Versuch gegeben. Denn das Objekt der Verletzung, der Vertrag*), ist in der Vorstellung des Thäters als ein gültiger vorhanden, — er ist vorhanden als ein solcher, welcher nach Art der Rechtsgesetze einem mutuus dissensus zugänglich wäre. Der Unterschied von dem vorigen Falle springt in die Augen, — auch was die Gefährlichkeit des Deliktes betrifft. Der Gebrauch von Täuschungsmitteln im Verkehr ist überhaupt ein sehr bedenkliches und in thesi auch zum Ziele führendes Mittel; wenn es im vorliegenden Falle nicht zum Ziele führte, so sind es nur die Umstände des speciellen Falles, welche es hinderten. Dagegen ist es zwar auch ein furchtbarer moralischer Verstoß, eine Thatsache zu beschwören, die man für unrichtig hält; allein das ganze Eidesinstitut im Processe ist ja darauf angelegt, daß die Wahrheit an den Tag kommt; Wahrheit zu sagen ist Recht und ist Pflicht; und daher kann die Rechtsordnung einen, welcher Angaben machen will, die objektiv richtig sind, und welcher daher Angaben machen will, die realiter zur Förderung des Rechtslebens beitragen, nicht deßhalb bestrafen, weil diese Beförderung des Rechtslebens durch wahre Aussage gegen den Willen des Thäters stattfand. Es ist hier ebenso, wie wenn Jemand eine Denunciation einreichen würde, welche vermeintlich falsch, in der That aber richtig ist — allüberall ist hier die Meinung irrelevant.

Nur dann würden wir eine täuschende Auflösung des Vertrages für straflos halten, wenn etwa der Thäter den Vertrag als nichtig erkennen, aber annehmen würde, daß nichtsdestoweniger eine Aufhebung erforderlich wäre, etwa weil er aus einem solchen nichtigen Vertrage moralisch oder kraft Ehrenrechts gebunden sei. In solchem Fälle wäre der Betrug nicht nur gegen ein objectiv untaugliches Objekt gerichtet: er wäre gegen ein Objekt gerichtet, welches auch nach der (den Willen bestimmenden) Meinung des Thäters nicht geeigenschaftet wäre, Objekt

*) Genauer gesagt: die durch den Vertrag begründete Vermögenssituation.

der Betrugsschädigung zu werden. Es leuchtet auch ein, daß die Gefährdung der Gesellschaft in solchen Fällen eine weitaus geringere ist: daß Jemand gegen einen Vertrag, den er ernstlich für nichtig hält, mit Täuschungsmitteln vorgeht, beunruhigt die Gesellschaft nicht — es beunruhigt sie nicht, wenn auch die Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, daß ein Vertrag, den der Thäter für nichtig hält, gültig wäre. Derartiges kommt auch sonst vor. Wenn ich meine eigene Fensterscheibe einwerfen will, so bin ich vielleicht sonst, aber nicht wegen Sachbeschädigung strafbar, wenn es auch möglich ist, daß ich mich täusche und daß die Fensterscheiben die meines Nachbarn sind.

Der Fall der Aufhebung eines Vertrages steht dem andern berühmten Falle gleich, wenn Jemand, der verheirathet ist, ohne zu wissen, daß sein Ehegatte gestorben ist, wieder heirathet; ein solcher ist gewiß strafbar; es ist ein gewaltiger Eingriff in die Ruhe der Ehen, wenn ein solcher Fall zutrifft, sollte man auch hinterher erfahren daß — ohne alles Erwarten — der Ehegatte vielleicht einen Tag vorher am Schlagflusse gestorben ist.

Besonders interessante Fälle des untauglichen Versuchs ergeben sich bei der Rechtsbeugung.*) Wie, wenn ein Richter in der Ueberzeugung, daß A. unschuldig ist, gegen ihn die Untersuchung beginnt, — und derselbe sich nachträglich als schuldig erweist?

Und wie, wenn ein Richter mit dem Willen, die eine Partei widerrechtlich zu begünstigen, einen Spruch thut, welcher trotzdem das richtige trifft, — vielleicht mit Rücksicht auf neues Material, welches erst später auftaucht? Daß eine vollendete Rechtsbeugung erst dann vorliegt, wenn wirklich materiell ungerecht geurtheilt wird, daß daher eine bloße subjective Ungerechtigkeit nicht genügt, um das Delikt der Rechtsbeugung zu vollenden, scheint mir ebenso sicher, als bei dem Eidesdelikte. Und es kann sich nur darum handeln, ob ein Richter, welcher subjectiv unrichtig judicirt, nicht wegen Versuchs zu bestrafen ist. Dies ist aber, ebenso wie bei dem subjectiven Falscheid, zu verneinen; denn indem ein Richter ein richtiges Urtheil verkünden will, will er ein zur Verletzung der Richterstellung und der Rechtsinteressen untaugliches Mittel wählen; und wer ein untaugliches

*) Vgl. darüber die bemerkenswerthe Schrift von Oppenheim, die Rechtsbeugungsverbrechen, insbesondere S. 218 ff., 227 ff., deren Resultaten aber nicht durchgängig beizustimmen ist.

untauglicher Versuch vor, sobald der Thäter bestimmt diese Dosis und nicht mehr gewollt hat; auch wenn die Entfernung eine zugroße ist, in welcher der Thäter schoß, liegt Untauglichkeit vor, sofern nur eben der Thäter diese bestimmte Entfernung beabsichtigt hat.

Dies gilt aber auch nur für solchen bestimmten Fall. Gewöhnlich wird der Plan des Thäters weder Dosis noch Entfernung so genau abmessen, sondern er wird beides der Ausführung überlassen. Der Thäter nähert sich eben so weit als möglich, oder er läßt das Opfer thunlichst weit an sich herankommen; versieht er sich dabei, so ist dies nicht die Folge eines untauglichen Planes, sondern Folge der unrichtigen Ausführung eines tauglichen Planes. Und ebenso ist es mit der Dosis. Diese Unbestimmtheit des Planes muß in Rücksicht gezogen werden, und man kann von Untauglichkeit nur dann sprechen, wenn der ganze Kreis von Eventualitäten, welchen der Thäter in seinen Plan gezogen hat, nur Unmöglichkeiten umfaßt.

Ein zweiter Punkt, welchen man berücksichtigen muß, ist folgender: Ist die Auffassung des Thäters über die Entwicklung der Sache im Einzelnen irrig, so ist darum sein Plan nicht untauglich: wenn sich auch die Sache nicht so entwickelt, wie er vermeint, so kann sie sich doch in einer verwandten Weise entwickeln, und diese Weise muß als das Aequivalent der von ihm gedachten Weise angenommen werden: Gedanken und Ausführung entsprechen sich selten vollständig. Dies muß insbesondere in folgender Anwendung gelten. Sind in der Auffassung des Thäters imaginäre Hindernisse, und glaubt er irrthümlich, daß sein Mittel diese imaginären Hindernisse überwinden werde, so darf man nicht deßhalb von Untauglichkeit des Planes sprechen, weil der Thäter seinen Mitteln etwas zumuthen will, dem sie nicht gewachsen sind. Man muß das eine in das andere rechnen. Der ganze Plan ist tauglich, weil zwei Zahlen einander corrigiren, und zwei sich corrigirende Fehler gelten als nicht vorhanden. Wenn also A. glaubt, daß B. stets mit einem Panzer einhergehe, daß aber seine Kugel den Panzer durchbohre, und wenn B. wirklich keinen Panzer trägt, so ist der Plan des Thäters kein untauglicher, denn das Gesammtresultat ist ein seinem Vorhaben günstiges. Die Kugel kann den B. durchbohren, — zwar nicht, weil sie den Panzer durchbohren könnte, wohl aber, weil sie den B. durchbohren kann, welcher in der That keinen Panzer trägt. Wir würden noch weiter gehen: auch wenn B. nur zeitweise ohne Panzer ausgeht, so ist der Plan des

Thäters nicht untauglich, da es ja immerhin möglich ist, daß B. im speciellen Fall einmal ohne Panzer ausgeht, mithin die Unmöglichkeit an zweifelhafte Voraussetzungen gebunden ist, mithin nicht ausschlaggebend sein kann für die Beurtheilung des Planes.

Der Thäter könnte allerdings entgegenhalten, daß man ihm auf diesem Wege eine Entwicklung der Sache zur Last lege, die er nicht in seinem Plane getragen habe: er habe auf einen Bepanzerten zielen wollen, nicht auf einen, der keinen Panzer trägt, es sei daher ein aliud geplant und ein aliud ausgeführt. Allein dagegen ist zu sagen, daß hier ein vollkommenes Aequivalent vorliegt, daß der Thäter, indem er das Hinderniß des Panzers durchbrechen wollte, implicite damit einverstanden war, daß die Kugel den B. durchbohren sollte, auch wenn er keinen Panzer trug. Es gibt doch Panzer von verschiedener Stärke; sollte sich etwa der Thäter darauf berufen dürfen, daß der Panzer (seiner Absicht zum Vortheil) weniger dicht war, als er gedacht hatte?

Ganz anders verhält es sich, wenn nicht etwa bloß eine solche secundäre Abweichung zwischen der möglichen Entwicklung und der Entwicklung der Sache im Gedankenkreise des Thäters vorliegt, sondern die Entwicklung der Sache sich in völlig verschiedener Art vollzieht, nach Richtungen, an welche der Thäter gar nicht gedacht hat. Hier kann man keine Korrektur eintreten lassen, hier kann man den Thäter nicht haften lassen für die wesentlich andere Entwicklung; denn die wesentlich andere Entwicklung ist kein Aequivalent. Das, was der Thäter wollte, war etwas anderes, und dieses andere war etwas untaugliches.

Dies gilt insbesondere dann, wenn die Entwicklung der Sache sich in außerordentlicher, seltener, dem Gewöhnlichen widersprechender Weise vollzieht. Z. B. A. stellt dem B. einen Stoff hin, den er für giftig hält; der Stoff, ist nicht giftig, aber explodirbar, und er explodirt und setzt das Leben des B. in Gefahr. Dies ist dem Thäter nicht zur Last zu legen, um so weniger, wenn die Explosion etwas außerordentliches und seltenes wäre. Oder A. schießt mit einer Kinderpistole und B., der sehr erregbar ist, fällt vor Schreck in Krankheit.

Schwieriger ist der Fall: A. gibt dem B. Zucker, indem er Zucker für Gift hält, B. aber ist zuckerkrank und der Zucker setzt sein Leben in größte Gefahr. Man muß nun zwar sagen, daß die Entwicklungs-

der Versuch der Anstiftung strafbar, so ist er auch strafbar, wenn er mit einem untauglichen Thäter unternommen wurde, z. B. der Versuch der Anstiftung zum Meineid, gemacht an einer Person, die bereits vollkommen zum Meineide entschlossen ist. Verwandt ist der Fall, wenn der Versuch bei einer Person gemacht wird, die nicht eidlich vernommen werden dürfte.*) Hier ist der Versuch strafbar, denn die Rechtsordnung wird auch durch den Eid eines Unfähigen gekränkt.

Ueber einen anderen Fall der erfolglosen Anstiftung, wenn nämlich der Angestiftete nur scheinbar auf die That eingeht, in der That aber als agent provocateur handelt, um den Anstifter zu entlarven, wird unten gehandelt werden.

Ein besonders interessanter Fall liegt vor, wenn Jemand Beihülfe zu einem Delikte geleistet hat, welches gegen ihn selbst gerichtet war, während er glaubte, daß das Delikt einem Anderen gelte; z. B. es gibt Jemand einem Andern einen Stock in der Meinung, daß der Thäter auf den Dritten loshauen wolle, während der Thäter ihm selbst eine Tracht Prügel zugedacht hat; oder es gibt Jemand eine Leiter, damit der Dieb bei einem Dritten einsteige, oder eine Flinte, damit er im Gebiete eines Dritten jage, und der Thäter wendet die Sache gegen den betreffenden selbst.**) In diesen Fällen ist nicht etwa von einer Beihülfe zu einem Vergehen die Rede, welches sich von Seiten des Gehülfen als untauglicher Versuch darstellt, so daß der Gehülfe wegen untauglichen Versuchs zu verurtheilen wäre; sondern es handelt sich um eine erfolglose und daher straflose Beihülfe, da der Thäter das gegebene Mittel nach einer principiell anderen Seite kehrt und in principiell anderer Weise verwendet, als der Gehülfe es will; in principiell anderer Weise, da eine Handlung gegen Dritte und eine Handlung gegen den Gehülfen selbst, vom Standpunkte des Gehülfen, zwei principiell verschiedene Dinge sind.

§ 9.

Gegen die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs hat man noch geltend gemacht, daß ja beim untauglichen Versuche von einem die Strafbarkeit bewirkenden Rücktritt keine Rede sein könne, mithin der Thäter hier schlimmer behandelt würde, als beim tauglichen Versuche.***)

---

*) Vgl. Bayr. Kass.-Hof 31. März 1878, Stenglein N. F. VI. S. 229.

**) Vgl. auch Kries, Z. f. ges. Strafrechtsw. VII. S. 532 ff.

***) Vgl. Scherer, Gerichtssaal XXIX. S. 490, Huther in Goltd. Arch. XXXVI. S. 455.

Allein dieses Argument beruht auf der irrthümlichen Identificirung zwischen dem gewöhnlichen Versuche und dem délit manqué. Bei dem délit manqué ist nämlich, sofern das Fehlschlagen des Versuchs bereits zur Ausprägung gelangt ist, überhaupt von einem straflos machenden Rücktritt keine Rede mehr, sei nun der Versuch ein tauglicher oder ein untauglicher. Wenn ich auf die Seite geschossen und das Opfer verfehlt habe, so ist ebensowenig ein Rücktritt möglich, als wenn ich mit der Pistole von einer riesigen Entfernung aus geschossen habe. Liegt die Sache aber so, daß es noch nicht zum Fehlschlage gekommen ist, d. h. daß der Schlußpunkt des Delikts noch bevorsteht, so ist zweierlei möglich. Entweder ist der Thäter mit seiner Aktion noch nicht zu Ende gekommen, dann kann er zurücktreten — beim tauglichen, wie beim untauglichen Versuche; ist aber die Aktion bereits zu Ende gediehen, so daß nur noch der Erfolg aussteht im stillen Wirken der engagirten Naturkräfte: dann ist es möglich, daß der Thäter in den Causalismus der Naturkräfte eingreift und die von ihm beschworenen Kräfte begütigt. Aber auch hier stehen sich taugliche und untaugliche Handlungen gleich. Wer nachträglich verhindert, daß der Dritte den für ihn gemischten Trank zu sich nimmt, der tritt mit Wirksamkeit zurück, ob der Trank ein wirkliches oder ein vermeintliches Gift enthält; und sollte der Dritte den Trank zu sich genommen haben, so wäre immer noch — bezüglich der Tödtungsdeliktes — ein Rücktritt möglich; beim wirklichen Gifte würde es sich um ein Gegengift handeln, beim vermeintlichen um die Aufklärung und Enthüllung, welche so zeitig käme, daß, wäre die Sache Gift, ein Gegengift noch wirken könnte. Denn durch solche Handlung hat der Thäter seinen deliktuosen Willen in voller Weise negirt, und ein Schaden ist nicht eingetreten; — der Wille ist negirt, soweit ein deliktuoser Wille überhaupt nach der That negirt werden kann. Eine solche Negation ist aber auch erforderlich. Mag man immerhin sagen, es sei im einzelnen Falle ja nur ein Formalismus, daß der, welcher, statt Gift, aus Versehen Limonade gegeben hat, noch seiner besonderen Gegenerklärung bedarf, und daß eine solche Gegenerklärung für die Strafbarkeit von Bedeutung ist; aber dies wäre nur von dem Utilitarismus des einzelnen Falles, nicht von der socialen und moralischen Bedeutung einer solchen Erklärung heraus argumentirt. Die Menschheit kann verlangen, daß, wer so schwer gegen die Gesellschaft gesündigt hat, diesen Willen wieder negirt und damit die

Verzeihung der Gesellschaft anfleht, das schreckliche Aergerniß begütigt, und daß er diese Negation zur äußeren Darlegung bringt.*) Dazu kommt, daß es in vielen Fällen nicht sicher sein wird, ob wirklich Limonade statt Gifttrank, Zucker statt Arsenik gegeben worden ist, und daß dies erst später zu Tage tritt: wer in solchem Falle indolent bleibt und sich nicht um sein Opfer kümmert, der verdient keine Schonung; außerdem würde sonst, auch wenn wirklich Gift gegeben ist, mancher aus irgend einem nachträglichen Irrthum meinen, es sei statt Gift nur Zucker oder Limonade gegeben; er würde mit Rücksicht auf die Strafloſigkeit des „Zucker- oder Limonadedeliktes" sich einfach dessen enthalten, dazwischen zutreten, sein Opfer zu avertiren und zu retten, sofern es noch zu retten ist. Daher ist es ein soziales Bedürfniß, unter allen Umständen ein solches negirendes, aufhebendes Dazwischentreten des Thäters zu postuliren. Dies für den einen oder anderen Fall nicht postuliren, hieße eine unschätzbare Garantie des socialen Wohles aufgeben.

§ 10.

Obgleich die französische Doctrin bekanntlich meist für die Strafloſigkeit des untauglichen Versuchs eintritt, so finden sich doch wichtige Entscheidungen, welche zeigen, daß die Praxis den richtigen Impuls sehr wohl gefühlt hat. Noch hatte allerdings der Appelhof Montpellier, 26. Februar 1852, Sirey, Recueil général des lois et des arrêts 52 II. p. 464 angenommen, daß, wer in ein Zimmer schießt, während der Betreffende nicht darin ist, nicht wegen Versuchs zu bestrafen sei; aber allerdings die Entscheidungsgründe berufen sich auf den état actuel de la législation: es klingt wie ein Gefühl hindurch, daß solches principiell nicht richtig sei. Späterhin hat aber der Kassationshof, 12. April 1877, Sirey 77 I. p. 329 in solchem Falle strafbaren Versuch angenommen.

Ein anderer Fall, welcher in der französischen Jurisprudenz Sensation erregte, ist folgender: A. will den B. erschießen; der B. aber hat in Voraussicht dessen das Gewehr seines Pulvers entladen, so daß der Schuß ungefährlich wird. Der Appelhof Agen, 8. Dez.

*) Richtig sagt Wharton § 2700 (II. p. 859): As declaring an intention to do a thing is not an indictable attempt, so declaring an intention to give up an attempt is not an abandonment of the attempt.

1849 Sirey 53 II. p. 66 war für die Strafbarkeit; die Entscheidung wird allerdings vielfach getadelt, aber man wird nach dem Entwickelten nicht umhin können, das Befremdende einer entgegengesetzten Entscheidung anzuerkennen.

Von ganz besonderem Interesse aber ist die Behandlung der Frage im englisch-amerikanischen Rechte.*) Namentlich haben zwei Fälle ihre gerichtliche und doctrinelle Behandlung gefunden: der Taschendiebstahl, wenn die Tasche der betreffenden Person leer war, und der Abtreibungsversuch, wenn die Schwangerschaft nur eine vermeintliche war. Die erstere Frage fand in England eine Entscheidung in der berühmten Sache Reg. v. Collins im Jahre 1864: hier wurden die Beklagten freigesprochen; ähnlich schon in der früheren Sache Reg. v. Mc. Pherson.**)

Anders lautete die Entscheidung bezüglich der Abtreibung in der Sache Reg. v. Goodhall im Jahre 1846: hier wurde der angeklagte Theil verurtheilt, obgleich die Frauensperson nicht schwanger war; er wurde verurtheilt nach Maßgabe des Gesetzes 7 Will. and 1 Vict. c. 85 s. 6: whosoever, with intent to procure the miscarriage of any woman, shall unlawfully administer to her or cause to be taken by her any poison or other noxious thing;***) frühere Urtheile hatten in solchen Fällen freigesprochen, aber wohl mit Rücksicht auf den Wortlaut früherer Gesetze. Frühere Gesetze unterscheiden ausdrücklich, ob das Weib quick with child war, oder nicht.

Mit Recht sagt Bishop I. § 741, daß hier zwei Entscheidungen vorliegen, welche von entgegengesetzten Principien ausgehen, welche nicht auf einen gemeinsamen Gedanken zurückzuführen sind; und was

---

*) Russell, Crimes and misdemeanors, V. Ed. by Samuel Prentice, (London 1877); Bishop, Commentaries on the criminal law (Boston 1882); auch Stephen, Digest of the criminal law (3. Ed. 1883). Vgl. auch Wharton § 2694 ff.

**) Bishop, I. § 741 p. 442 Note; Wharton, § 2697. Bezüglich der Sache Reg. v. Pherson vgl. ib. I. § 757. Stephen, Art. 49 p. 38 ff. will darum auch den Satz aussprechen: An act done with intent to commit a crime, the commission of which in the manner proposed was, in fact, impossible, is not an attempt to commit that crime.

***) Bishop I. § 741, auch Note auf S. 443; Stephen, Art 236 p. 173. Bei Allegirung der Statuten bediene ich mich der gewöhnlichen englischen Schreibweise mit kleinen Anfangsbuchstaben.

die Wahl unter beiden Entscheidungen betrifft, so erklärt Bishop, daß der Thäter Strafe verdient, sei es, daß in der Tasche der zu bestehlenden Person nichts zu finden ist, sei es, daß es in dem Leib der Frauensperson an einem Lebenskeim fehlt (ib. I. p. 441). Uebrigens hat ein neues englisches Gesetz 24. 25 Vict. c. 100 s. 58 die Sache dahin geregelt, daß die Strafe eintritt, wenn ein woman being with child, with the intent to procure her own miscarriage shall unlawfully administer to herself any poison or other noxious thing . . . .; für einen Dritten aber tritt die Strafe ein, wenn er ihr in der gleichen Absicht ein derartiges Mittel gibt, wether she be or be not with child. Vgl. dazu Russell I. p. 853; Stephen Art. 236 p. 173.

Entsprechend hatte man es in (einer schottischen Entscheidung) für strafbar erklärt, wenn Jemand in ein Haus hineinschießt, auch wenn momentan Niemand in dem Hause ist (Bishop I. § 751); oder in eine leere Kutsche oder auf einen Schatten, aber so nahe bei einer Person, daß diese in Gefahr gesetzt werden konnte (Wharton § 2698).*) Und gerade was den Fall des Taschendiebes betrifft, so findet sich die amerikanische Jurisprudenz völlig im richtigen Fahrwasser. Bishop theilt Entscheidungen mit aus Pennsylvania, Massachusetts, Connecticut, Indiana, worin erklärt wurde, daß, sei es ein Diebstahl, sei es ein Raub, er zum Versuche gediehen sei, auch wenn die Person, gegen welche das Delikt gerichtet war, nichts bei sich trug. Der Richter in der Massachusetts Entscheidung wendet sich treffend gegen die unrichtige Theorie, und in Connecticut meint man, daß es gewiß eine merkwürdige Sache wäre, wenn ein Dieb, in Gegenwart eines Policemannes, in einem Menschenhaufen den Leuten in die Taschen greifen dürfte und nicht verhaftet werden könnte, außer wenn festgestellt würde, daß eine Person, in deren Taschen gegriffen ist, etwas darin hatte (Bishop I. § 743 –745). So denkt man in Amerika über die Frage.

Vortrefflich sagt auch Wharton § 2698 (II. p. 856), daß beim Taschendiebstahl the offence is not private simply, against merely the person whose goods are imperilled; but public indictable

*) Sonst wird vielfach angenommen, daß, wer auf einen Baum schießt indem er einen Menschen zu schießen vermeint, straflos sei. Vgl. Wharton § 2698.

as a scandal and breach of public peace, irrespective of the question of personal loss; — und wir sehen hier, wie vortrefflich der sociale Gesichtspunkt erfaßt wird.

Was das sog. untaugliche Mittel betrifft, so hatte allerdings der Indiana-Court einst angenommen, daß, wer mit einem Gewehre schießt, welches er irrthümlich für geladen hält, keinen strafbaren Versuch begehe. Aber diese Ansicht wurde von dem Gerichtshofe selbst später verlassen (Bishop I. § 750).

Ist aber nicht nur das angewendete Mittel untauglich, ist vielmehr auch das gedachte und gemeinte Mittel untauglich, dann wird der Versuch nicht bestraft. So wurde angenommen in der englischen Sache Reg. v. Isaacs. Die Gesetze über Abtreibung verlangen eine noxious thing; wie nun, wenn das Mittel harmlos war und die Schwangere nur an seine abtreibende Qualität glaubte? Das Gericht sprach frei. Es soll auch nicht darauf ankommen, wenn etwa die Wirkung auf die Einbildung entsprechend schädlich wirken könnte (Russell I. p. 856).

Was den in so vielen Beziehungen vortrefflichen Indian Code betrifft, so erledigt zwar der Art. 511 die Frage des untauglichen Versuchs nicht ausdrücklich; aber aus den dazu gegebenen „Illustrations" geht hervor, daß die Hauptfälle in ähnlicher Weise zu entscheiden sind. Es wird hier der Fall gegeben: A. will Juwelen stehlen und bricht eine Cassette auf, — es zeigt sich, daß darin keine Juwelen sind. A. steckt seine Hand in die Tasche des Z., während Z. nichts in der Tasche hat (Stokes, Anglo-Indian-Codes I. p. 293). Wenn Stokes selbst I. p. 69—70 unterscheidet zwischen dem Fall, wenn das Objekt des Delikts einfach fehlt, und demjenigen, in welchem das Delikt gegen ein falsches Objekt gerichtet ist, und im letzteren Falle keine Strafe eintreten lassen will, und wenn er bezüglich der Mittel zwischen absoluter und relativer Untauglichkeit scheiden will, so hat dies im Penal-Code m. E. keine Stütze.

Für den Fall der Abtreibung bestimmt der Art. 312 desselben Gesetzbuchs, daß Abtreibung im Allgemeinen bis zu 3 Jahren bestraft wird; ist aber das Weib quick with child, so ist die Strafe bis zu 7 Jahren; vgl. auch Art. 313.

Höchst interessant, wie überhaupt, sind die Motive zum russischen Entwurf auch in unserer Frage; interessant sind auch die hierbei mitgetheilten russischen Entscheidungen (Gretener S. 171). Ein

Versuch wurde nicht angenommen bei einer Person, die mit Feldsauerampfer vergiften wollte oder mit dem Pulver einer getrockneten Schlange; anders, wenn mit einer zu geringen Dosis Opium. Die Motive unterscheiden treffend zwischen der Untauglichkeit des gedachten Mittels und der Untauglichkeit des angewandten Mittels (Gretener S. 174); daher will der Entwurf Art. 45 (Gretener S. 20) den Versuch unbestraft lassen, wenn die That mit untauglichen, aus grober Unwissenheit oder rohem Aberglauben des Thäters gewählten Mitteln begangen werden will. Straflos soll es allerdings auch bleiben, wenn die Handlung an einem nicht existirenden oder hierfür untauglichen Gegenstande begangen werden soll. Mit dieser letzteren Entscheidung kann ich mich nicht einverstanden erklären. Im Uebrigen gehören die Motive des russischen Entwurfs zum Bedeutendsten, was über die Frage geschrieben worden ist.

§ 11.

Oben war die Rede davon, daß der Wille, mit untauglichen Mitteln Delikte zu begehen, die Menschheit nicht beunruhigt. Das ist für unsere Zeit gesagt, es soll nicht für alle Zeiten gesagt sein. Solange abergläubische Meinungen in starkem Maße verbreitet sind, kann auch die Anwendung abergläubischer Mittel die Gesellschaft schwer beunruhigen. Hier wird nicht unbedingt die Bestrafung abgelehnt werden können, auch wenn die gewollte That nach der richtigen realen Anschauung der Dinge unschuldig und harmlos ist. Ferner wird eine Kulturordnung, welche das Recht mehr in die Ideenwelt trägt, als in die Welt realen Wirkens, bezüglich der Behandlung des untauglichen Versuches zu anderem Resultat gelangen, als die unserige; wie dies in einem Punkte bereits oben erwähnt worden ist.

Wenn wir daher seither argumentirten, so argumentirten wir vom Standpunkte unserer modernen Kulturordnung, und das, was wir als das richtige suchten, ist das dieser Kulturordnung entsprechende. Wir wollen damit nicht an dem Prinzipe der Relativität der juristischen Wahrheit rütteln; denn das juristisch Richtige ist nichts anderes als die Ausdrucksform für das einer bestimmten Kulturperiode — zunächst also für das unserer Kulturperiode — rechtlich entsprechende.

II.

Unterlassungsdelikte.

§ 1.

Die Theorie des Unterlassungsdeliktes hat mit der Schwierigkeit gekämpft, daß ein Unterlassen nicht causirend sein könne, und in diesem Kampfe hat sie sich schwer abgemüdet, ohne zu einem definitiven Siege zu gelangen.*) Allein man hat dabei nicht genügend berücksichtigt, daß auf dem Gebiete des Deliktes, wie auf dem Gebiete der rechtlichen Betrachtung überhaupt, nicht der bloße Naturcausalismus, sondern der Causalismus der socialen Ordnung maßgebend ist, und daß nach der Art der socialen Ordnung dieser Causalismus sich verschiedenfach gestalten kann. Die juristisch erheblichen Causalitätsgesetze sind nicht für jede sociale Ordnung die nämlichen; auch hier gilt das Gesetz von der Relativität der juristischen Sätze. Und die vielen, nie enden wollenden Kontroversen sind theilweise nichts anderes, als der Ausdruck des unrichtigen Bestrebens, etwas Unmögliches zu erreichen, nämlich ein allgemein gültiges Universalrecht.

Wenn die Staatsordnung den A. aufstellt, um gewissen schädlichen Zuständen entgegenzutreten, so ist die Staatsordnung und ihre Vorschrift auch eine Macht, welche im Bereiche des Geschehens ihre Bedeutung hat. Die menschliche Ordnung bringt in das Bereich des Geschehens ein und setzt neben die natürlichen Faktoren neue Faktoren, um das Geschehen so und nicht anders zu gestalten: die menschliche Ordnung gewinnt dadurch ihre Bedeutung als ausgleichendes, lösendes, reinigendes, ebnendes Element; sie wird in der Sphäre des Geschehens mit in Rücksicht gezogen und muß mit in Rücksicht gezogen werden; die sociale Ordnung ist eines der wichtigsten Elemente unter den Faktoren des Geschehens: es verhält sich hiermit, wie mit einer Maschinerie, bei welcher ein Rad eine bestimmte Funktion hat, auf daß das Ganze ordnungsgemäß manövriren kann und nicht eine Zerstörung, sondern eine Förderung der menschlichen Wirthschaft eintritt; auch dieses Rad hat seine Bedeutung, es hat seine wesentliche

*) Eine treffende Kritik der seitherigen Darstellungen bietet v. Rohland, Die strafbare Unterlassung. Erste Abtheilung. Vgl. auch die Literaturangabe bei Hälschner I. S. 234. Hervorzuheben ist besonders Binding, Normen II. S. 224 ff.

Bedeutung, und seine Funktion muß in Rücksicht gezogen werden bei Beurtheilung der maschinellen Wirksamkeit.

Jetzt ergibt sich die causirende Natur des Unterlassens auf's Klarste: wer die von der socialen Ordnung eingefügte Thätigkeit, auf welche die soziale Ordnung behufs Erreichung ihrer Interessen baut, unterläßt, der nimmt damit ein Rad aus dem Getriebe der socialen Ordnung heraus, und damit wirkt er causirend; er lähmt die Bewegung des einen Rades und bewirkt damit von selbst, daß die Maschinerie in anderer Art fungirt, als die soziale Ordnung will.*) Dies ist sofort klar, wenn etwa ein Dritter den von der socialen Ordnung Aufgestellten an seiner Funktion verhindert; es ist aber dasselbe, wenn dieser von der socialen Ordnung Aufgestellte sich selbst verhindert — z. B. wenn er sich absichtlich betrinkt und dadurch unfähig macht — oder wenn er einfach die betreffende Funktion unterläßt. Damit ist von selbst die causirende Kraft des Unterlassens nachgewiesen.

Der Fehler der seitherigen, wenn auch vielfach sehr bemerkenswerthen Konstruktionen von Krug, Glaser, Binding, Buri, Hälschner u. a. beruht darin, daß nicht genug der Umstand gewürdigt worden ist, daß wir nicht bloß in einer Naturordnung, sondern zugleich in einer socialen Ordnung leben, in einer Ordnung, bei welcher wir uns auf die einwirkende Funktion der verschiedensten Menschen, als zur naturgemäßen Funktion der socialen Organisation erforderlich, verlassen; die Menschen in dieser socialen Ordnung sind nicht bloß von außen einwirkende Faktoren — sie sind selbst zum guten Theile Räder und Hebel in dieser Ordnung; und wer, als funktionirendes Glied auf seinen Posten gestellt, die Funktion unterläßt, der steht dem gleich, welcher die Funktion eines anderen Gliedes verhindert. Dadurch, daß der Einzelne auf den Posten gestellt ist, ist seine Person gedoppelt: er ist wie ein außen stehender Beobachter, der in den Causalismus eingreift, und er ist ein Glied dieses Causalismus selbst: das Unterlassen steht daher dem Eingreifen in den Causalismus gleich, der Mensch ist hier Subjekt und Objekt, er ist eingreifendes Subjekt und thätiges, d. h. im socialen Causalismus wirkendes Objekt zu gleicher Zeit.

*) Vgl. Sigwart, Kleine Schriften II. S. 190 ff., v. Rohland a. a. O. S. 118 ff. Vgl. auch Haupt, Z. f. ges. Strafrechtsw. II. S. 547 ff. Reichsgericht, 14. Februar 1884, Entsch. X. S. 101.

Daraus ergibt sich auf's Klarste die causirende Natur des Unterlassens allüberall da, wo die sociale Ordnung einen Menschen auf einen Posten stellt, um als Mitglied der socialen Organisation, als ein Glied in der Kette des socialen Mechanismus thätig zu sein.

Die Frage kann daher nur die sein, wann die sociale Ordnung den Einzelnen dazu bestimmt, als Mitglied des socialen Mechanismus in die Gestaltung der Dinge einzugreifen. Diese Frage kann durchaus nicht für jede Art der Rechtsordnung gleich behandelt werden; sie ist eine Frage der historischen Kulturentwicklung. Es ist eine Kultur denkbar — und nicht bloß denkbar, es hat Kulturen gegeben, — bei welchen ein Jeder verpflichtet ist, seinem nothleidenden Nebenmenschen zu helfen, mit der Wirkung, daß, wenn er es nicht thut, er für den schlimmen Ausgang der Sache verantwortlich wird. Kann das die Gesellschaft für alle Menschen statuiren, so kann sie es für bestimmte Menschen festsetzen. So kann die Gesellschaft Leute anstellen, um die in Noth befindlichen Schiffe oder die in Noth befindlichen Schiffbrüchigen zu retten; sie kann Leute anstellen, welche Flüsse, Brücken, Wege beaufsichtigen sollen, damit dieselben für die Passanten sicher sind, oder damit den Passanten nöthigenfalls geholfen werde. Es gibt, wie überhaupt, so auch hier kein fixes allgemein gültiges Recht, es gibt auch hier nur ein historisches Recht, und dieses historische Recht hängt mit der ganzen socialen Organisation der Menschheit oder des Staates zusammen; es hängt zusammen mit den Bedürfnissen der Gemeinschaft, mit den Aufgaben des Ganzen, wie der Einzelnen. Daher kann die Frage der Unterlassungsdelikte immer nur nach dem betreffenden historischen Kulturstande beantwortet werden.

Wesentlich ist aber, daß ein Mensch von der Gesellschaft auf einen Posten gestellt ist mit der Pflicht, hier in das Getriebe der physischen oder socialen Mächte einzuwirken. Der bloße Umstand, daß die Gesetzgebung einem Menschen oder einer Vielheit von Menschen bestimmte Pflichten auferlegt, bewirkt noch nicht, daß die Nichterfüllung der Pflicht causal wird. Wenn das Gesetz bestimmt, daß Jeder, welcher von dem Vorhaben eines bestimmten Deliktes weiß, dasselbe zur Anzeige bringen soll, oder daß Jemand, welcher ohne seine Gefahr einem Fremden beistehen kann, auf die Aufforderung der Polizei schuldig ist, diesen Beistand zu leisten: so wird derjenige, welcher diese Hülfe nicht leistet, dadurch nicht causal. Die Auffassung

unſerer Zeit über ſolche Fälle iſt dieſe: der Betreffende iſt zwar im einzelnen Falle verpflichtet, aber er iſt nicht als Hüter der menſchlichen Intereſſen auf den Poſten geſtellt: es iſt ja zufällig und ohne Vorausſicht, ob eine Perſönlichkeit von dem Vorhaben weiß und in der Lage iſt, es zur Anzeige zu bringen, oder ob ein Paſſant vorbeigeht, welcher in der Möglichkeit iſt, Hülfe zu leiſten. Solche Zufallspflichten ſetzt man nicht bei der Berechnung der ſocialen Cauſalkette ein; es iſt zufällig, ob eine Perſon in die betreffende Lage kommt, daher baut das Syſtem geſellſchaftlicher Fürſorge ſeinen Kalkül nicht hierauf. Das Unglück, ſagt man, wäre ja auch geſchehen, wenn der Betreffende gar nicht geboren worden wäre; ſo — zum Zeichen, daß der Betreffende keinen Poſten in der geſellſchaftlichen Mechanik auszufüllen hatte, denn ſonſt hätte die Menſchheit, wenn er nicht da geweſen wäre, an ſeiner Stelle einen anderen zu wählen gehabt.*) Das iſt unſere heutige Auffaſſung — nicht durchgängig, aber es iſt ihr weſentlicher Zug; von Ausnahmen wird alsbald die Rede ſein.

Dieſer Auffaſſung entſpricht auch die in dieſer Beziehung vorzügliche engliſch-amerikaniſche Jurisprudenz; ſie charakteriſirt die Unterlaſſungscauſalität dahin: Omissions are not the basis of penal action unless they constitute a defect in the discharge of a responsibility with which the defendant is especially invested;**) und: the responsibility of the defendant, which he thus fails to discharge must be exclusive.***) Mit Recht hebt Wharton hervor, daß es nicht angeht, einen Jedweden an jedweder Stelle als Glied in der ſocialen Mechanik zu conſtituiren: By this wild and promiscuous interference, even the simplest forms of machinery would be speedily destroyed.†)

Wenn daher außerhalb der ſpeciellen Poſtenvertheilung ein Jedweder gewiſſe Pflicht überkommt, Gefahren anzuzeigen und nöthigenfalls hülfreich beizuſpringen, ſo iſt dies nichts, worauf die Geſellſchaft ſo feſt vertraut, auf daß ſie darauf die ſocialen Bildungen

*) Man vgl. auch die Ausführungen Ortmanns im Gerichtsſaal XXXII. S. 175 ff. Uebrigens hat die Argumentation vom Nichtgeborenſein nur ihre relative Richtigkeit; vgl. unten S. 57 ff.

**) So Wharton, Treatise on the criminal law (Philadelphia 1874) II. § 1011 p. 73. Vgl. auch Biſhop I. § 217 p. 129.

***) So Wharton a. a. O. II. § 1011 p. 76.

†) Wharton a. a. O. II. § 1011 p. 77.

bauen wollte; sondern es ist dies ein accessorischer Schutz, welcher der Gesellschaft sehr willkommen ist, wie eine jede freundschaftliche Mittheilung verborgen schleichender Uebel; wie es ja auch vielfach vorkommt, daß zwar eine Anzeigepflicht nicht existirt, daß aber die Gesellschaft es dem Einzelnen verdenkt, wenn er stille schweigt. Alles das ist eine sehr empfehlenswerthe Beigabe zum Schutz der Gesellschaftsinteressen, wie es eine sehr werthe Mitgabe ist, wenn ich einen Freund habe, der mich rechtzeitig auf einen Fehler aufmerksam macht. Von einer Causalität für den Erfolg, welcher durch Anzeige oder Hülfe hätte vermieden werden können, ist aber hier keine Rede, — auch dann nicht, wenn der schweigende Mitmensch etwa den Erfolg beglückwünscht hätte, und wenn man sonst sagen könnte, daß er als dominus causae für den Erfolg verantwortlich sein müßte. Denn nicht jede accessorische Hülfe ist ein Ausfluß des gesellschaftlichen Organismus: es gibt neben den wesentlichen funktionellen auch beihelfende und fördernde Faktoren.

Doch ist das Gesagte nicht absolut: es gibt Fälle, wo die Gesellschaft von dem Bürger eine Hülfe so dringend verlangt, daß er auf den qui vive gestellt ist, als Posten, als Wächter der gesellschaftlichen Interessen, wo man auf ihn zählt als Hemmung gegen die Wirkung subversiver Faktoren.

Sehr weit geht beispielsweise das argentinische Strafgesetzbuch unter Art. 53 ff.*) Hiernach sollen als ~~Complicen~~ dritten Grades diejenigen gelten, welche wissen, daß ein Delikt begangen werden soll und davon keine Anzeige machen, obgleich sie es ohne Gefahr thun könnten.**) Doch soll die Bestrafung lediglich in dem apercibimiento publico liegen, es müßte denn sein, daß die Betreffenden auf Grund eines direkten oder indirekten Interesses am Vollbringen der That die Anzeigepflicht verletzt haben (Art. 54).***)

*) Codigos y Leyes usuales de la Republica Argentina (Buenos-Aires 1886).

**) So Art. 53: que saben que este crimen o delito debe cometerse y no lo impiden, sea por una denuncia inmediata a la autoridad mas proxima, sea por un aviso trasmitido a la persona espuesta al peligro; o que si no pueden hacerlo por si mismos, no llaman o piden el auxilio de otras personas, o no emplean cualquier otro medio en su poder, susceptible de ser puesto en uso, sin peligro para si mismo o para tercero.

***) Das argentinische Gesetzbuch folgt in sehr Vielem dem bayerischen St.G.B. von 1813 sehr genau. Vgl. mit den citirten Artikeln den Art. 78 des letzteren.

Auch das schwedische Gesetz geht davon aus, daß, wer Kenntniß von einem Deliktvorsatze hat, welcher große Gefahren für Leben, Gesundheit, Freiheit oder Eigenthum involvirt, als Gehülfe bestraft wird, wenn er den Vorsatz nicht entdeckt, sofern dies ohne gerichtliche Denunciation erfolgen kann; ebenso Eltern, Erzieher, die eine solche That nicht verhindern, obgleich sie verhindert werden konnte (ohne Denunciation). Doch ist die Strafe eine mildere, wenn der Betreffende keinen eigenen Vortheil dabei hatte; Kap. 3 §§ 7 und 8.

Auch der Indian-Penal-Code ist in dieser Bahn.

In unserem Rechte finden sich einige wenige Fälle, in welchen wir den Einzelnen auf den Posten stellen, um eine subversive Thätigkeit zu hindern, so daß sein Nichtwirken causal wird.

So im Seerecht, so im Kriegsrecht. Wenn unter Seeleuten Meuterei entsteht, so ist es in die Hand der Nichtmeuterer gelegt, durch geeignete (den Befehlen des Kapitäns entsprechende) Abwehr den Erfolg der Meuterei zu verhindern. Das ist ihre Pflicht; nicht nur ihre allgemeine, sondern auch ihre specielle; auf sie kann der Kapitän, auf sie kann die Gesellschaftsordnung bauen. Daher die Bestimmung des § 92 Seemanns-O.: wer in solchem Falle dem Kapitän den Gehorsam verweigert, ist als Gehülfe zu betrachten.

Aehnlich das Militärstrafgesetzbuch bezüglich des Kriegsverraths. Hier ist ein Jeder zur Anzeige des Vorhabens verpflichtet, welches auf Kriegsverrath abzielt: ein Jeder ist verpflichtet, nicht nur in der allgemeinen Weise des Verpflichtetseins, sondern er ist auf den Posten gestellt, seines Vaterlandes zu wachen. Wer die Anzeige unterläßt, haftet als Mitthäter, M.St.G.B. § 60.

In anderen Fällen der Anzeigepflicht geht auch das Militärgesetz nicht so weit; so bei der Anzeigepflicht bezüglich der Fahnenflucht, § 77, so bezüglich der Meuterei, § 104; und das Civilstrafgesetz bestimmt in § 139 eine Strafe für sich, es verknüpft die Nichtanzeige nicht in causaler Weise mit der That.

Es würde denn auch unserer Gesellschaftsordnung mit ihren unzähligen Komplikationen wenig entsprechen, einen Jeden in der Art auf den Posten zu stellen, daß er für jede Verletzung, die er hätte verhüten, für jedes Verbrechen, das er rechtzeitig hätte anzeigen können, haftbar würde. Wir haben nicht einmal eine allgemeine Anzeige-, nicht einmal eine allgemeine Menschenhülfepflicht, und wo

diese besteht, ist sie regelmäßig nur als accessorisches Hülfsmittel der Gesellschaft, nicht als wesentliche Funktion im menschlichen Geschehen gesetzt.

Viel zu weit geht daher der Code Livingstone, Art. 484,*) wornach Jemand wegen Tödtung verantwortlich sein soll, wenn er einen blinden Mann einem Abgrunde zugehen sieht und ihn nicht warnt, oder wenn Jemand sieht, wie ein Anderer einen Giftkelch an die Lippen setzt, und ihn nicht aufmerksam macht — vorausgesetzt, daß er es ohne Gefährdung oder Verlust thun kann; ebenso (Art. 485), wenn er ein Kind auf der Straße liegen sieht, auf welcher es durch einen Wagen überfahren werden kann und es nicht entfernt, obgleich er es ohne Gefahr und Vermögensschaden entfernen kann:**) alles dieses würde dazu führen, daß in unseren complicirten Lebensverhältnissen der Einzelne in eine Unmasse der bedenklichsten Situationen gerathen kann, so daß ein Moment übereilter Unterlassung den unschuldigen Passanten zum Mörder stempeln könnte. Wer wollte dann noch mit offenen Augen über eine belebte Straße oder durch einen von spielenden Kindern besetzten Park gehen, wenn er allüberall nach rechts und links zuzuspringen hätte, aus Furcht, daß man ihn eines Todesfalles für verantwortlich erklären würde? Die Folge wäre, daß man mit blinden Augen und tauben Ohren über die Verkehrsstraßen ginge, aus Furcht, in solche Konfliktsfälle zu gerathen, und der Menschenhülfe wäre damit am wenigsten gedient. —

Anders schon verhält sich die Sache mit dem Polizeibeamten, dessen Pflicht es ist, Delikte zu hindern; aber auch diese Pflicht kann nicht als speciell genug betrachtet werden, auf daß man demselben bei Unterlassung der Hinderung des Delikts die That als seine, von ihm mitcausirte, That zuschreiben sollte.***) Weiter geht auch hier das argentinische Strafgesetz:†) ein solcher funcionario del Estado, welcher die That erleichtert: omitiendo a sabiendas y con intencion

*) Works II. p. 126, 127.

**) Schon Carneades besprach den Fall, wenn ich eine Schlange verborgen weiß und Jemanden sehe, welcher sich darauf setzen will: improbe feceris, nisi monueris ne adsidat. Sed impunite tamen: scisse enim te quis coarguere possit? Cicero, de finibus II. 18 § 59. Vgl. auch Martha, Etudes morales sur l'antiquité p. 102.

***) Daß bezüglich der Connivenz von Beamtendelikten etwas besonderes gilt (§ 357 R.St.G.B.), bedarf keiner Hervorhebung.

†) Auch hier entsprechend dem Feuerbach'schen St.G.B. (Art. 76).

culpable, llenar los deberes de su cargo, antes de la consumacion del hecho (Art. 51 Z. 4), ist Complice zweiten Grades.

Um rämlich auch solche Fälle zu treffen, wo nur eine losere Verknüpfung zwischen schuldhaftem Verhalten und Erfolg vorliegt, hat das argentinische Gesetzbuch, wie ehemals das bayerische, mehrere Grade der Beihülfe mit verschiedener Strafbarkeit statuirt: damit ist zwischen dem strengen System der Totalverantwortlichkeit und dem Systeme der Nichtverantwortlichkeit ein Mittelweg gewählt.

Aehnlich ist der Fall behandelt im Indian-Penal-Code, Art. 119. Hier heißt es: Whoever, being a public servant, intending to facilitate or knowing it to be likely that he will thereby facilitate the commission of an offence the commission of which it is his duty as such public servant to prevent, voluntarily conceals, by any act or illegal omission, the existence of a design to commit such offence, or makes any representation which he knows to be false representing such design — — —. Die Strafe ist aber gegenüber den gewöhnlichen Vergehungsstrafen ermäßigt: an Stelle der Todesstrafe und der lebenslänglichen Deportation Gefängniß bis zu 10 Jahren, und sonst Gefängniß bis zur Hälfte des Höchstbetrages bezw. die volle Geldstrafe, welche für das Delikt angedroht ist.

Auch die Pflicht des Hausvaters, Delikte der Angehörigen zu verhüten, kann nach unserer Auffassung nicht in der Weise ausgedehnt werden, daß er ohne weiteres für die Delikte strafrechtlich verantwortlich würde, welche er in ihrem Entstehen gekannt und nicht verhütet hat; so lange nicht, als er nicht durch Theilnahme an den Folgen derselben zugleich zur Fortsetzung positiv ermuntert. Auch hier geht das argentinische Recht weiter: Der Hausvater und der Ehemann sind haftbar, si fuesen convencidos de no haber empleado los medios de que podian disponer para prevenir el crimen de su autoridad, para hacerlo mas dificil o para impedirlo (Art. 55) — auch hier entsprechend dem Feuerbach'schen St.G.B. (Art. 79).

In einigen Fällen pflegen allerdings auch unsere Gesetze von dieser strengeren Auffassung auszugehen; dies gilt insbesondere in unserem § 361 Z. 4 St.G.B.; denn hier steht dem Bettler gleich, wer Personen, welche seiner Gewalt und Aufsicht untergeben sind und zu seiner Hausgenossenschaft gehören, vom Betteln abzuhalten unterläßt; — wie man sieht, die Gesetzgebung kann hier mehr oder weniger weit gehen.

Schwierig ist die Sache bezüglich des Feuerwächters; gerade hier spitzt sich die Frage zur äußersten Feinheit zu. Habe ich Jemanden aufgestellt, das Feuer zu überwachen, und schläft er ein, so ist er für die Verbreitung des Feuers unbedingt causal, unbedingt dominus causae. Habe ich zu fürchten, daß mein Gebäude durch die Funken eines benachbarten Brandes entzündet werden, und habe ich Jemanden aufgestellt, damit er jeweils mittelst der Löschgeräthschaft die auffallenden Funken lösche, so ist er gleichfalls causal, wenn er seinen Posten verläßt. Ebenso, wenn ich in einer Nacht, in welcher ich fürchte, daß ein Mordbrenner mein Haus anzündet, Jemanden aufstelle, damit er bei dem geringsten Feuer sofort löschend herbeispringt.

Dagegen ist der Feuerwächter der Stadt, welcher einen aufflackernden Brand sofort zur Anzeige bringen soll, nicht causal für die Verbreitung des Brandes, sofern er geschlafen hat und den Brand nicht bemerkte. Das ist eine Pflichtverletzung, aber keine für die Verbreitung des Brandes causale Pflichtverletzung. Noch weniger kann eine Privater, welcher den Brand bemerkt, causal sein, auch wenn er nach den Polizeivorschriften verpflichtet ist, den Brand anzuzeigen In solchen Fällen ist es zwar Pflicht der betreffenden Personen, den Brand zur Anzeige zu bringen, und die Anzeige soll geschehen, um die weitere Verbreitung des Feuers zu hindern; — allein dies ist nicht die specielle Fürsorge bezüglich des einzelnen Falles, sondern es ist eine allgemeine Fürsorge, so allgemein wie etwa eine Verordnung, daß regelmäßige Feuerinspektionen gehalten, oder daß die Feuerspritzen richtig verwahrt werden sollen.*)

Beifügen will ich noch, daß eine civilistische Haftung in Fällen loseren Zusammenhangs angenommen werden kann,**) in welchen wir noch keine criminelle Verantwortung statuiren. Man darf auch hier nicht mit einem Entweder—Oder operiren, so daß, wer criminalistisch frei ist, auch civilistisch außer Verantwortung stände. Die Zusammen-

*) Treffend bemerkt Wharton a. a. O. § 1011 p. 78: We can conceive of a population so exclusively dependant on a particular fire alarm, that the non — sounding of such an alarm might be treated as the juridical cause of the sprading of a fire. But this is not ordinarily the case, a fire alarm being one of many modes of communicating the fact that a fire exists.

**) In der That statuirt das spanische und das argentinische Recht civilistische Verantwortlichkeit in Ermangelung einer strafrechtlichen; vgl. Art. 20, 21 des spanischen Strafgesetzbuch, Art. 74, 75 des argentinischen.

hänge zwischen einem bestimmten Verhalten und einem deliktuosen Erfolge sind so mannigfach und tragen so feine Nüancen an sich, daß man der Sachlage durchaus nicht entspricht, wenn man an Stelle vieler feinerer Unterschiede und Färbungen nur weiß oder schwarz als das richtige erkennt.

Nunmehr sollen einige der Hauptfälle der causativen Unterlassung näher erörtert werden.

§ 2.

Eine alte Fürsorge, welche dem Einzelnen überantwortet wird, ist die Fürsorge der Eltern bezw. der Mutter für die Kinder; sie ist gegeben, sobald die Völker das Stadium der beliebigen Disposition über die Kinder verlassen und den Kindsmord verpönt haben; und, auch solche Völker, welche den Kindsmord übten, hatten vielfach die Vorschrift, daß nach Ablauf einer bestimmten Zeit das Leben des Kindes gefeit sei. Wo aber das Leben des Kindes gesichert ist, da ist es nicht nur in der Art gesichert, daß ein positiv tödtendes Einwirken verboten ist, sondern auch so, daß eine Tödtung durch Unterlassung der Ernährung und Pflege die Eltern verantwortlich macht, sofern die Kinder noch der Pflege und Fürsorge bedürfen.*)

Dagegen sind die Eltern nicht mehr criminell verantwortlich, wenn das Kind so alt ist, daß es für sich selbst sorgen kann. Vgl. die Entsch. bei Wharton § 1011.

Die hauptsächlichsten Fälle aber, wo der Einzelne vom Rechte auf einen Posten gestellt wird, sind die Fälle staatlicher Constituirung und die Fälle des Vertrages. Der Staat, welcher den Beamten, welcher den Soldaten auf den Posten stellt, macht ihn zum Gliede seiner socialen Funktion, und indem er es thut, stellt er ihn in den socialen Causalismus. Daß dies allerdings nicht in allem und jedem Falle gilt, ist bereits oben bemerkt worden: je specieller die Pflicht ist, desto leichter ist eine Causalität anzunehmen, und dies insbesondere dann, wenn der Beamte die einzige Persönlichkeit ist, welcher ein bestimmtes Interesse anvertraut, welcher der Schutz vor einer bestimmten Gefährdung anheimgegeben ist.

Ebenso wird der Einzelne durch vertragsmäßige Uebernahme

*) Vgl. auch Russell I. p. 653 ff.

einer Stellung oder einer einzelnen Funktion verpflichtet zum Funktioniren, und das Nichtfunktioniren ist causal: dahin gehören alle die Angestellten der großen Betriebseinrichtungen, welche nicht ohne ständiges controlirendes, regulirendes Eingreifen menschlicher Kräfte richtig und gefahrlos funktioniren können. Daher die Haftung des Fabrikaufsehers, daher die Haftung des Bahninspektors, Bahnwartes u. s. w.

Hier ist nun auch sofort ersichtlich, daß, wenn sie thätig sind, sie nicht bloß einer accessorischen Pflicht gehorchen, sondern daß auf ihrer exakten Dienstleistung das ganze Getriebe basirt ist. Hier kann man auch sagen: wären diese Personen überhaupt nicht auf der Welt, so wären andere Personen da, welche auf deren Posten stünden und auf deren Pflichterfüllung die ganze Einrichtung gegründet wäre.

Dies gilt auch, wenn der Beamte einer Eisenbahn es unterläßt, das vorgeschriebene Signal zu geben, wenn der Leuchtthurmbeamte es unterläßt, das Licht zu entzünden, wenn bei dem Fällen und Herabwälzen der Baumstämme der dazu Beauftragte es unterläßt, die nöthigen Warnungszeichen zu erlassen.

Die Causalität ergibt sich hier noch besonders deutlich, wenn wir uns an Stelle der menschlichen Thätigkeit eine maschinelle Thätigkeit denken, welche diese Funktionen von selbst versieht. Würde hier Jemand eingreifen und diese Funktion verhindern, so wäre er sicher causal, er wäre sicher dominus causae. Ganz so aber, wie Einer, welcher die selbst wirkende maschinelle Funktion durch Eingriff hindert, ganz so ist derjenige causal, welcher, mit der menschlichen Einwirkung betraut, welcher als Glied in der socialen Mechanik eingesetzt, die Funktion unterläßt, auf welche man baut, und welche zur richtigen Funktion des Ganzen erforderlich ist.

Bemerkenswerth ist, daß die Zeit der Haftung einer solchen Person nicht immer mit der civilistischen Vertragszeit coincidirt. Wenn nämlich die Arbeit auf dem betreffenden Posten unter verschiedene Personen vertheilt ist, so ist eine solche Person nach Erledigung ihrer Arbeitszeit zwar vom Dienste frei, aber sie ist gehalten, sobald noch keine Ablösung da ist, das Nöthige zu thun, damit entweder Ablösung kommt, oder in anderer Weise für die Fortführung des Dienstes gesorgt, oder das Nöthige vorgekehrt wird, daß der ganze Betrieb solange unterbrochen wird, bis eine ungefährdete Weiterführung stattfinden kann. Gesetzt, es würde ein Chemiker den Dienst ohne

weiteres verlassen, in dem Bewußtsein, daß im nächsten Augenblick in Ermangelung gehöriger Bedienung das Ganze in die Luft fliegen werde, so wäre er haftbar, auch wenn seine Dienststunden verstrichen wären.

Dasselbe gilt auch in den Fällen, wenn Jemand die Besorgung eines Kranken oder Hülflosen für bestimmte Zeit übernommen hat; man kann ihn nicht für civilistisch verpflichtet erklären, dem Hülflosen weiter seine Dienste zu leisten; wohl aber hat er das Nöthige vorzukehren, daß sich unterdessen die Behörde seiner annimmt, oder daß in andrer Weise einstweilen für den betreffenden Menschen gesorgt wird.*)

Der Grund dieser Erscheinung ist leicht ersichtlich: der Vertrag ist allerdings die Ursache dessen, daß Jemand auf den Posten gestellt ist, aber der Einfluß, welchen er dadurch erwirbt, und der Interessenkreis, welcher ihm dadurch anvertraut ist, geht kraft der Reflexwirkung des menschlichen Thuns weit über den Kreis der Vertragspflichten hinaus. Daher kann ein solcher nicht ohne weiteres den Interessenkreis im Stiche lassen, wenn seine Vertragspflicht aufhört; sollte er dadurch auch nicht vertragsmäßig haftbar werden, so würde er es kraft der Preisgabe der ihm anvertrauten Lebensinteressen.

Wie sehr eine vertragsmäßige Aufstellung Jemanden einen fremden Interessencomplex in die Hände gibt, das zeigt auch der Fall des Eintritts in eine Handelsgesellschaft als geschäftsführendes Mitglied, und der Fall der Aufstellung als Mitglied des Vorstandes oder als Liquidator einer Aktiengesellschaft. Diese Personen haben die Interessen der Gesellschaft, damit aber auch die Interessen dritter Personen, soweit solche durch die Thätigkeit der Gesellschaft gefährdet werden, in ihrer Verantwortung; sie haben sie in der Verantwortung, nicht nur für das Thun, sondern auch für das Unterlassen, sofern sie eine Verletzung geschehen lassen und nicht zur Verhütung derselben einschreiten. Daher haften dieselben für die gewerblichen Delikte der Gesellschaft, z. B. die Patent- oder Markenverletzungen: ein Mitglied, welches sich absichtlich seitab hält und derartige Dinge geschehen läßt, wirkt ebenso causalt wie das Mitglied, welches die deliktuose Handlung direkt vollzieht oder vollziehen läßt.**)

---

*) Vgl. Reichsgericht 21. März 1888 Entsch. XVII S. 260.

**) Unrichtig Obertrib. 26. Februar 1875, Stenglein N. F. V. S. 12. Vgl. aber auch Obertrib. 24. September 1869 Oppenhoff Rechtsprech. X. S. 592 und mein Markenrecht S. 387. Vgl. ferner Reichsgericht 9. Januar 1886 Entsch. XIII. S. 236 ff.

Wie eine allgemeine Stellung, so kann eine übernommene Einzelpflicht den Betreffenden als causa für die Folge seines Unterlassens setzen; der klassische Fall ist der des Alpenführers, der den Wanderer, von welchem er engagirt ist, mitten auf dem Berggipfel seinem Schicksale überläßt. Hier pflegt man darauf hinzuweisen, daß der Wanderer ohne den Führer diese Tour gar nicht unternommen hätte, und daß der Führer gerade dadurch causal werde, daß er den Wanderer in einer Lage verlassen, in welche derselbe sich nicht begeben hätte, ohne das Vertrauen auf diese Hülfe. Allein dieses ist durchaus keine nothwendige Voraussetzung für die Verantwortlichkeit: es ist nur eine Erschwerung. Wer ohne Führer seine Touren zu machen pflegt und nur das einemal, weil es ihm bequemer erscheint, sich eines Führers bedient, der kann an den Führer dieselben Anforderungen stellen, und dieser wird, wenn er ihn seinem Schicksale überläßt, in gleicher Weise verantwortlich, wie wenn der Wanderer nur auf Zureden des Führers die Tour unternommen hätte.

An der Richtigkeit dieser Entscheidung wird kaum gezweifelt werden, und doch harmonirt sie nicht mit der Theorie Vieler; denn sehr Viele würden nur dann den Alpenführer für causal erklären, wenn seine Führung die Bedingung war, ohne welche der Fremde seine Tour nicht ausgeführt hätte. Aber der Alpenführer hat die Pflicht, demjenigen, den er geleitet, selbst mit Gefahr seines Lebens Hülfe zu leisten; auf seiner Schulter ruht daher das Leben des Reisenden, mag dieser auch sonst ein Waghals sein und gern — vielleicht mit Vorliebe — ohne den Führer die höchsten Gipfel erklettern. Und man kann hier nicht exemplificiren, daß ja das Unglück auch eingetreten wäre, wenn der Alpenführer gar nicht geboren worden wäre; ja, dieses Argument ist selbst dann nicht durchschlagend, wenn nicht mehr als ein Alpenführer am Orte ist; denn wenn der betreffende Alpenführer nicht existirte, so wäre wohl ein anderer am Orte, der seine Pflicht hätte thun können; im Uebrigen hat das Argument von dem Nichtgeborensein nur seine bedingte Berechtigung und man kann ihm entgegnen, daß, wenn Jemand eben geboren ist, die Causalverhältnisse so zu beurtheilen sind, wie sie sich nunmehr, mit Rücksicht auf seine Existenz entwickelt haben.

Dies ergibt sich auch aus folgendem Falle. Man denke sich, ein Bahnwärter habe ein extraordinär scharfes Gesicht, so daß er ein

Hinderniß sieht, welches kein anderer gesehen hätte;*) oder, ein Bahnwärter sieht zufällig durch das Teleskop und entdeckt hierbei, daß eine Schiene gerissen ist; oder es hat ein Wärter ein besonders feines Gehör und merkt einen Achsenbruch, der so ziemlich jedem anderen entgangen wäre. Wenn in diesen Fällen der Wärter nicht die entsprechenden Vorkehrungen trifft, so wird er causal, auch wenn es sicher wäre, daß der Mangel einem jeden Anderen an seiner Stelle entgangen wäre. Daraus ergibt sich von selbst die Richtigkeit unseres Princips: der Beamte, welcher als Träger bestimmter Interessen aufgestellt ist, ist causal, sofern er die ihm zur Deckung der Interessen obliegende Pflicht unerfüllt läßt, — ohne Rücksicht darauf, was im gleichen Falle von einem anderen pflichtgetreuen Beamten geleistet worden wäre; er haftet, auch wenn es ganz sicher wäre, daß ohne ihn das Unglück dennoch eingetreten wäre.

Gerade dies zeigt uns aber, daß es anders wird, wenn kein Alpenführer, sondern ein simpler Passagier Jemanden geleitet. Gesetzt, es verspricht Jemand, mir auf dem Wege nöthigenfalls behülflich zu sein und läßt mich im Stiche,**) dann ist die Causalität davon abhängig, ob seine versprochene Hülfe für mich die Bedingung war, ohne welche ich den Weg nicht angetreten hätte; denn in diesem Falle hat er mich in die Gefahr geführt, er hat mich auf den Gipfel gestellt und muß mich daher auch halten: die Rechtsordnung baut auf seine Pflichterfüllung. Anders verhält es sich, wenn mir sonst ein Passant Beihülfe verspricht; dieses Versprechen ist entweder überhaupt nicht juristisch bindend, oder, wenn bindend, so ist es eine Zufälligkeit, auf welche die Lebensordnung ihre Berechnung nicht gründen kann. Die Institution des Alpenführers ist ein Glied in der Kette der socialen Hülfsleistung, während die zufällige Beihülfe von Privaten, eben wegen ihrer Zufälligkeit, nicht in Rechnung gesetzt werden kann, d. h. nicht in Rechnung gesetzt werden kann an sich, sofern der Pri-

*) Vgl. auch Binding, Normen II. S. 256 ff., welcher jedoch diesen Fall nicht ganz zutreffend behandelt.

**) Kann er mir wegen eigenen Ungeschicks keine Hülfe leisten, so kann Fahrlässigkeit vorliegen; die Fahrlässigkeit liegt darin, daß er mir unter solchen Verhältnissen solches versprochen, oder daß er mich nicht nachträglich auf die Schwierigkeit aufmerksam gemacht hat. Vgl. auch Binding Normen II. S. 239.

vate sich nicht als Glied in der Kette der die Unternehmung bildenden Maßregeln hat verwenden lassen.*)

Aehnliche Fälle ergeben sich, wenn Jemand es übernommen hat, etwa einem Leuchtthurmwärter auf seine Insel, welche sonst außer Kommunikation steht, Lebensmittel zu bringen. Wer unter diesen Verhältnissen die Lieferung übernommen hat, der hat damit das Leben des Menschen auf sich genommen, und er wirkt causal, wenn in Folge der Unterlassung der Lieferung der Wärter stirbt. Ganz anders wäre es, wenn Jemand sonst etwa einem Halbverhungerten Brod versprochen hätte; hier ist nur dann von einer Uebernahme des Lebens die Rede, wenn der Versprechende durch sein Versprechen Andere zurückgehalten hat, welche eben den Bedarf hierdurch für gedeckt hielten; oder wenn er den Betreffenden sorglos gemacht hat, daß er andere Hülfsmittel versäumte; wer sonst Jemandem Brod verspricht und keines gibt,**) der ist für den Hungertod nicht causal; denn das Leben des Menschen ist durch die Gesellschaft nicht in seine Hand gegeben, und er hat es auch nicht dadurch übernommen, daß er ihn in eine bessere Lage zu versetzen verspricht, als er wirklich ist: dadurch schneidet er nicht den seitherigen Lebensfaden ab — er unterläßt nur, ihn weiter zu spinnen.***)

Eine weitere Klasse von Pflichten entsteht dadurch, daß Jemand eine bestimmte Kraft entladet, deren Entladung nur dann für die Menschheit ungefährlich ist, wenn sie, einmal entladen, einer ständigen Regulirung unterworfen wird; wer hier A sagt, der muß B sagen: wer eine solche Kraft entlädt, der muß sich neben sie stellen, um sie zu mäßigen, zu zähmen, der Menschheit schadlos zu machen. Dahin gehören alle die Fälle, die man im Civil- und Strafrecht aufzählt: wer eine Grube gräbt und sie unbedeckt läßt, wer ein Felsstück sprengt und die Umstehenden nicht warnt, wer ein Haus abreißt,

*) Gesetzt, es verspricht Jemand nicht dem Wanderer, aber seiner Mutter, daß er auf ihn Acht haben werde, dann wird er nur causal, wenn ohne solches Versprechen die Mutter den Wanderer nicht hätte reisen lassen oder ihm einen anderen Begleiter gegeben hätte. Vgl. auch Binding Normen II. S. 243.

**) Vgl. über diesen Fall auch Buri, Z. f. ges. Strafrechtsw. I. S. 404. Vgl. auch Binding, Normen II. S. 241.

***) Nach diesem Kriterium ist der vielbesprochene Fall zu behandeln, wenn Jemand einem Krankenwärter oder Weichensteller verspricht, Acht zu haben, damit derselbe sich einen Augenblick entfernen kann, oder wenn Jemand es unternimmt, eine Lunte zu löschen oder die Passanten zu warnen u. s. w.

ohne die Passanten durch warnende und sichernde Maßregeln zu schützen, wer ein Selbstgeschoß legt, ohne die Vorübergehenden zu warnen u. s. w. Ebenso gehört hierher der Droschkenkutscher, welcher das Pferd antreibt und es seiner Bewegung überläßt, es gehört dahin der Apotheker, welcher ein Gift ins Fach stellt und die nöthigen Vorsichtsmaßregeln versäumt u. s. w. Ebenso gehört hierher der Fall des Arztes, welcher eine Operation begonnen hat und den Operirten ohne den nöthigen Verband seinem Schicksale überläßt. Dieser Fall ist nicht nur dann gegeben, wenn der Arzt die Operation vertragsmäßig übernommen hat: auch wer einen Verwundeten besinnungslos auf der Straße findet und ihm die entsprechende ärztliche Hülfe bietet, ist verpflichtet, die durch die begonnenen Einwirkungen nöthig gewordenen weiteren Maßnahmen zu treffen.

Dahin gehört auch der Fall dessen, welcher zum Scherze einen Hund auf Jemanden hetzt: macht der Hund wirklich Ernst, so muß er ihn zurückrufen;*) denn den Hund darf ich nur benützen unter der Verpflichtung, daß ich meine Herrschaft aufwende, um seine Thätigkeit in den nöthigen Schranken zu halten. Daher würde das nämliche auch dann gelten, wenn ich den Hund auch nicht im Scherze gehetzt hätte, wenn ich aber sehen würde, wie der Hund Jemanden zu beißen anfängt, und ich ihn nicht zurückriefe: ich wäre als Thäter verantwortlich.

Auch aus einem Delikte kann die Verpflichtung hervorgehen, — nicht etwa bloß den Verletzten zu entschädigen, sondern Veranstaltungen zu treffen, um eine Weiterentwicklung der Verletzung zu verhüten. Wer durch unvorsichtigen Schuß Jemanden getroffen hat, muß wenigstens soviel thun, daß er Hülfe herbeiruft oder Anzeige erstattet, auf daß der Verwundete nicht hülflos da liegt. Der Kutscher, welcher einen Andern überfährt, darf ihn nicht einfach seinem Schicksale überlassen; der Kapitän, welcher durch falsche Manöver ein Boot umgestürzt hat, darf nicht die ins Wasser gefallenen Insassen des Bootes einfach ertrinken lassen. Die Pflicht ist in solchen Fällen keine Pflicht, für Heilung und Ersatz des Schadens zu sorgen — zwar kann der Kapitän auch zur Entschädigung gehalten sein, allein pecuniäre Entschädigungspflicht und persönliche Schutz- und Rettungs-

*) Vgl. über den Fall auch Buri in Z. f. gesammte Strafrechtsw. I. S. 403, 408.

pflicht sind zwei verschiedene Dinge: die Entschädigungspflicht entspringt der ersten Uebelthat, welche den Unfall veranlaßte; die Menschenhülfepflicht dagegen, welche sich aus der Uebelthat und dem daraus hervorgegangenen Unfall entwickelt, ist etwas ganz selbstständiges, von der Entschädigungspflicht unabhängiges: sie besteht darin, daß der Thäter gehalten ist, die Sorge der menschlichen Gesellschaft und ihrer Organe auf den Verunglückten zu lenken, um ihn aus der hülflosen Lage zu erretten. Diese Pflicht besteht aber; sie ist das natürliche Correlat dessen, daß der Thäter schuldhaft die hülflose Situation erregt hat: das Leben des von ihm schuldhaft in hülflose Lage gebrachten Mitmenschen ist insofern auf seine Seele gelegt, als er ihm aus dem Stadium der Hülflosigkeit nach Kräften herauszuhelfen schuldig ist. Die menschliche Gesellschaft stellt jeden Uebelthäter vor sein Opfer, sofern und soweit er die hülflose Lage des Opfers durch Anrufen der Gesellschaft zu heben bestimmt ist; die Gesellschaft baut darauf, denn sie kann nicht einem jeden Uebelthäter einen Polizeimann nachsenden, damit derselbe sich sofort des hülflosen Opfers annimmt.

§ 3.

Von der Unterlassung wohl zu unterscheiden ist eine Thätigkeit, welche eine frühere Thätigkeit derselben Person wieder aufhebt.*) Es ist eine Unterlassung, wenn ich einen Wanderer auf der Straße liegen lasse; es ist keine Unterlassung, wenn ich den Wanderer unter Dach und Fach gebracht habe, hinterher die That bereue und ihn wieder aussetze: denn ist einmal die geschützte Lage eingetreten, so ist die nachtheilige Aenderung derselben ein Handeln, eine Einwirkung, und sie ist ein Handeln nichtsdestoweniger, wenn auch ich selbst es bin, welcher die geschützte Lage herbeigeführt habe, und wenn auch ohne mich der Wanderer in derselben Situation geblieben wäre, in welche ich ihn von neuem bringe: ist der Wanderer in der neuen Situation, aus irgend einem Grunde, ob aus Zufall oder ob durch Menschenhand, so hat er ein Recht auf dieselbe: der Lebensretter hat nicht das Recht, den Geretteten zu tödten, wenn es auch sicher ist, daß ohne ihn der Gerettete sicher der Lebensgefahr unterlegen wäre.

Anders wäre es natürlich, wenn der betreffende Nothleidende

*) Unzutreffendes hierüber vielfach, beispielsweise bei Binding, Normen II. S. 235 ff.

überhaupt noch nicht gerettet, wenn die Besserstellung der Situation überhaupt noch nicht eingetreten wäre: wenn also Jemand einen Andern von der gefährlichen Stelle wegzutragen begänne, ihn aber, bevor er an sicherer Stelle wäre, wieder an den ursprünglichen Platz zurücklegen würde, wenn also das Hin- und Hertragen in continenti stattfinden würde; oder wenn Jemand einem Ertrinkenden ein Seil hinhalten und es, bevor er es ergriffen hätte, wieder wegziehen würde. Allerdings kann in diesen Fällen noch ein besonderer Umstand eintreten; eine Causalität wäre nämlich dann gegeben, wenn ich durch meine Handlungsweise Andere von der Rettung zurückgehalten hätte, welche auf meine Rettungshandlung bauten: dann hätte ich in verbindlicher Weise die Rettung auf mich genommen.

Nach dem Vorigen ist auch der vielbesprochene Fall zu behandeln, wie es sich verhält, wenn etwa A. bei seinem Nachbarn B. eine Grube unverdeckt sehen würde, sie bedeckte und später die Decke wieder wegnehmen würde, und wenn nunmehr Jemand verunglückte. In solchem Falle ist es ebenso, als wenn die Grube von anderer Seite verdeckt gewesen wäre und sie der Thäter geöffnet hätte. Und man kann nicht so argumentiren, daß ohne den Thäter die Grube überhaupt unverdeckt geblieben wäre; denn der Thäter hat kein Recht, zwei von einander wesentlich verschiedene Situationen in wesentlich verschiedenen Zeitpunkten zu einer Einheit zu combiniren. Man darf hier auch nicht etwa die Proberechnung in der Art anstellen, daß man dasjenige für entscheidend erklärt, was eingetreten wäre, wenn der Thäter überhaupt nicht gelebt hätte; sondern man muß fragen, was eingetreten sein würde, wenn der Thäter nicht gelebt hätte, nachdem die Grube bedeckt war. Denn es ist auch sicher, daß, wenn der Vater nicht existirt hätte, eine Tochter von ihm niemals geboren worden wäre; und doch hat er nicht das Recht, das Kind verhungern zu lassen. Anders wäre es natürlich, wenn der Thäter die Grube überhaupt noch nicht bedeckt hätte, oder wenn er zwar die Bretter darauf gelegt, aber in continenti, bevor ein geschützter Zustand eingetreten, bevor die Grube mit der Decke passirbar geworden wäre, das Bedeckungsmaterial wieder weggenommen hätte. Denn dann könnte man nicht sagen, daß er eine geschützte Passagesituation gestört oder vernichtet hätte. Ist dagegen bereits der geschützte Zustand eingetreten, so haftet der Thäter, welcher den geschützten Zustand wieder entfernt, — er haftet, ohne Rücksicht darauf, ob anzunehmen

ist, daß, wenn er den geschützten Zustand nicht herbeigeführt hätte, derselbe durch einen Anderen herbeigeführt worden wäre: auch dann, wenn es sicher ist, daß ohne den Thäter die Grube von Anfang an unbedeckt geblieben wäre, ist der Thäter nicht der Verantwortung enthoben.

§ 4.

Dieser Standpunkt gewährt uns auch einen richtigen Einblick in eine besondere Species des Unterlassungsdeliktes, oder vielmehr in eine besondere Species des Delikts, welche mit dem Unterlassungsdelikte eng zusammen hängt und mit ihm die gleichen Gesichtspunkte theilt. Man denke sich den Fall, daß, nachdem die causirende Naturkraft bereits im Spiele steht, um den gefürchteten Erfolg herbeizuführen, von irgend einer Seite eine Gegenwirkung eintritt und nun ein Dritter sich ins Mittel schiebt und die Gegenwirkung hindert.*)

Man nehme folgende Situation: A. stürzt ins Wasser, B. stürzt ihm nach, um ihn zu retten, der C. hält den B. zurück; A. ertrinkt. Soll C. für den Tod des A. verantwortlich sein? Nichts wäre bedenklicher, als dies für alle Fälle zu bejahen: wie, wenn die That des B. eine gefährliche war und C. nur zu sehr befürchtete, daß vielleicht auch B. dabei zu Grunde gehe?

Es wäre denn auch principiell unrichtig, die Hinderung einer Gegenaction der Verursachung gleichzustellen. Zwar kann, wie alsbald auszuführen ist, eine Causation auch insofern vorliegen, als Jemand eine Naturkraft nicht erregt, sondern eine erregte Naturkraft benützt; allein dies kann doch nur dann gelten, wenn Jemand durch die Benützung einer Naturkraft es bewirkt, daß dieselbe, welche sonst dem Opfer fern bleibt, nunmehr das Opfer trifft. Das sind Fälle, wie die, wenn Jemand einen Anderen veranlaßt, eine gefährliche Stelle (unbewußt) zu passiren, auf daß an dieser Stelle die Explosion oder das Selbstgeschoß das Opfer treffe oder sonst ein gefährdendes Walten der Natur sich seiner bemächtige. Unser Fall ist aber der, daß die Naturkraft bereits das Opfer in ihre Gewalt gezogen hat, so daß nur noch von einem Kampf gegen die entfesselten Mächte der Natur die Rede ist. Hier kann ein Dritter in zweifacher Weise bei der Sache betheiligt sein: er kann dadurch betheiligt sein, daß er

*) Vgl. über diese Frage auch v. Buri, Causalität S. 98 ff.

nicht rettet, obgleich er retten sollte; er kann aber auch dadurch betheiligt sein, daß er einer hemmenden Rettungsmacht den Lauf nicht läßt, obgleich er ihr den Lauf lassen sollte. Der erste Fall ist bereits oben behandelt: es ist einer der Fälle des Unterlassungsdelikts; der zweite Fall ist der vorliegende. Ein causaler Zusammenhang kann in beiden Fällen nur dadurch entstehen, daß der Betreffende von der Menschheit auf den Posten gestellt ist, entweder um dem Unglück entgegenzuwirken, oder doch um die von anderer Seite erfolgte Gegenwirkung geschehen zu lassen: so daß er auf den Posten gestellt ist mit Pflichten, und mit Pflichten, auf welche die Gesellschaft baut, damit ihre Interessen gewahrt bleiben. Wer dieser Pflicht nicht entspricht, der ist causal für die Folgen, denn er schüttelt dasjenige ab, was in seine Hände gelegt ist. In beiden Fällen also das Princip: Das Nichtretten bezw. das Verhindern der Rettung ist causal, sofern es einer socialen Pflicht widerspricht. Man kann in unserem Falle von abgeleiteten Unterlassungsdelikten sprechen; mit den Unterlassungsdelikten haben sie das gemein, daß es sich um das Nichthindern, Nichtretten handelt.

Nicht abgeleitete, sondern wirkliche Unterlassung wäre es, wenn Jemand selbst schon die Rettung begonnen und sodann selbst von der Rettungshandlung Abstand genommen hätte;*) z. B. A. schwimmt dem ertrinkenden B. nach und hätte ihn mühelos zu erreichen; da erkennt er in ihm seinen Nebenbuhler und läßt ihn ertrinken: ebensowenig als Jemand wegen Tödtung verantwortlich gemacht werden kann, wenn er seinen Feind in nächster Nähe sieht und ertrinken läßt, ebensowenig kann er verantwortlich gemacht werden, wenn er sich dem Feinde in Absicht der Rettung genähert hat und ihn dann ertrinken läßt. Anders wäre es, wenn Jemand objektive Veranstaltungen getroffen hätte, so daß sich der Ertrinkende erretten konnte, und er im kritischen Momente diese objektiven, von ihm getrennten, ein selbstständiges Salvatorium darstellenden Veranstaltungen zerstören würde: dann wäre es, wie wenn Jemand die Rettungsmaßregeln eines Anderen zerstörte**) und es

*) Vgl. auch Binding, Normen II. S. 236.

**) Dies würde auch gelten, wenn das Salvatorium sein Eigenthum wäre; denn durch Bestimmung der Sache zum Salvatorium hat er erklärt, im kritischen Falle von seinem Eigenthum keinen die Bestimmung der Sache hindernden Gebrauch machen zu wollen.

würden die Grundsätze des abgeleiteten Unterlassungsdelikts gelten. Anders wäre es natürlich auch, wenn A. dadurch, daß er zur Hülfe schwimmt, andere von der Rettung abgehalten hätte; denn dann hätte er die Rettungsthat auf sich genommen.

Das abgeleitete Unterlassungsdelikt kann viel leichter vorkommen, als das wirkliche; denn in vielen Fällen wird Jemand gehalten sein, einer Rettung nicht in den Weg zu treten, wo er nicht gehalten wäre, wirklich zu retten. Aber man darf durchaus nicht behaupten, daß Jemand immer und in allen Fällen gehalten ist, der Rettung nicht entgegenzutreten; es wäre unrichtig zu sagen: die Störung der Rettung ist stets rechtswidrig. Es gibt Fälle genug, wo das Rettungswerk in mein Recht eingreift oder in das Recht anderer Personen, oder wo es andere Personen gefährdet. Wenn ich hier störend eingreife, so thue ich es um des collidirenden Rechts willen, und dieses collidirende Recht will auch seine Berücksichtigung. Allerdings wird man sagen müssen: Wie es eines besonderen Grundes bedarf, auf daß man es als eine Verpflichtung erkennt, rettend einzutreten, so bedarf es umgekehrt eines besonderen Grundes, auf daß die Störung des Rettungswerks als berechtigt erscheint.

Zur Erläuterung beziehe ich mich auf den Fall einer Rettungsleine. Gesetzt, es ist Jemand in den Fluß gestürzt und es wird ihm von Jemandem eine an der Brücke befestigte öffentliche Rettungsleine zugeworfen; er will dieselbe eben ergreifen, als ein Anderer kommt und das Rettungsseil abschneidet: diese Handlung ist kaufirend. Ist auch nicht Jeder verpflichtet, die Rettungsleine zur Hülfe zu werfen, so ist Jeder verpflichtet, sich einer Störung dieser öffentlichen Institution und damit einer Störung der Rettung, welche dieselbe zu bringen im Begriffe ist, zu enthalten.

Ganz anders verhält es sich,*) wenn etwa Jemand an seiner Villa einen kostbaren Teppich befestigt hat und der Ertrinkende sich an dem Teppich halten will, um sich auf diese Weise zu retten. Gesetzt, der Eigenthümer, welcher für seinen Teppich, vielleicht eine kostbare Reliquie fürchtet, zieht den Teppich zuvor zurück, und der Unglückliche ertrinkt. Hier kann man das Benehmen des Eigenthümers sehr wenig menschenfreundlich, ja abscheulich finden, aber Tödtung ist

*) Vgl. meine Strafrechtsaufgaben Nr. 9.

es nicht. Denn mag immerhin der Ertrinkende im Nothstande und darum entschuldigt sein, wenn er auch dem Anderen sechs Teppiche ruinirt, so handelt auf der anderen Seite der Eigenthümer nicht rechtswidrig, wenn er sein Eigenthum entzieht, sollte es auch um den Preis des Todes sein. Denn Niemand ist rechtlich gehalten, sein Eigenthum für die Rettung Anderer preiszugeben: dies ist regelmäßig der freien Menschenliebe anheimgestellt, eine allgemeine Pflicht wäre unserer Rechts- und Eigenthumsordnung widersprechend.*) Dieselbe kann zwar den Nothstand für entschuldigt erklären, sie kann auch nach anderer Richtung hin Eingriffen in das Eigenthum zum Zweck der Menschenrettung ihre Spitze abbrechen, — aber eine allgemeine Pflicht der Aufopferung statuirt sie nicht.**) Daß es anders wäre, wenn der Ertrinkende bereits den Teppich ergriffen und sich dadurch in gesicherte Position gebracht hätte, versteht sich von selbst; denn dann würde es sich nicht mehr um ein Unterlassen, sondern um ein Wegstoßen, Wegdrängen handeln; und wenn ich auch an sich nicht verpflichtet bin, Jemanden zu unterstützen, so bin ich verpflichtet, falls er in der Nothlage sich Rettung verschafft hat, ihm die gewonnene Rettung nicht zu entziehen; ich bin nicht berechtigt, dem Verhungernden das Stück Brod aus dem Munde zu reißen, auch wenn er es mir (im Nothstande) genommen hätte.

Oder man denke sich den Fall, daß A. sich aus einem Brande retten könnte, wenn ihm B. sein Haus öffnete; B. öffnet es nicht, — hier liegt reine Unterlassung vor; gesetzt aber, das Haus des B. steht auf, und er schließt es, etwa weil er die Verbreitung des Feuers fürchtet: hier liegt Verschließung der Rettung, Eingriff in das Rettungswesen vor. Man muß auch hier die Handlungsweise des B. für entsetzlich und menschenfeindlich erklären; Tödtung aber wäre sie nur dann, wenn sie den Geboten des Rettungsbeamten widersprechen würde.

Nunmehr wird es klar sein, ob wir es als causirend zu betrachten haben, wenn ich den B., welcher dem A. zur Hülfe eilen

*) Vgl. meine Menschenhülfe im Privatrecht, in Ihering's Jahrbüchern XXV. S. 1 ff.

**) Selbstverständlich kann der Teppich nicht als Salvatorium im obigen Sinne betrachtet werden; anders wäre es, wenn ich eine Rettungsleine befestigt hätte und diese im kritischen Augenblicke abschnitte. Vgl. oben S. 64.

will, zurückhalte. Caufirend ist es, wenn in diesem Zurückhalten eine widerrechtliche Thätigkeit enthalten ist: eine solche liegt vor, wenn A. zur Rettungsthat verpflichtet ist; aber auch dann, wenn A. sie freiwillig unternimmt und die That eine offenbar gefahrlose und voraussichtlich erfolgreiche ist. Ist aber die That eine voraussichtlich erfolglose, oder ist sie eine für den A. gefährliche, dann ist die Zurückhaltung eine berechtigte, und der Zurückhaltende gilt nicht als causa mortis; die Frau braucht es nicht zu gestatten, daß ihr Mann, der Freund nicht, daß sein Freund sich opfere.

Damit erklären sich denn auch verwandte Fälle, wie wenn Jemand den Arzt verhindert, dem Kranken Hülfe zu leisten, wenn Jemand es verhindert, den Brand zu löschen, wenn Jemand zu diesem Zwecke die Löschanstalten unbrauchbar macht,*) wenn Jemand einen, der Gift genommen hat, verhindert, ein Gegengift zu nehmen u. a.

Auch der Fall gehört hierher, wenn Jemand abmahnende Briefe unterschlägt, damit in dem Thäter die deliktuose Absicht ungehindert aufkeimen könne u. s. w.**)

Von besonderem Interesse ist der Fall, wenn Jemand die Polizei verhindert, das Delikt zu verhüten: durch Irreleiten, falsche Angaben u. s. w. In solchen Akten kann sicher eine Beihülfe zum Delikte liegen, — auch dann, wenn diese Hinderung der Polizei ohne jede Verabredung mit dem Thäter erfolgt ist (vgl. S. 105).

Verschiedene Gesetzgebungen behandeln diesen Fall speciell; so der Indian-Penal-Code in den Art. 118, 120. Es heißt hier: Whoever, intending to facilitate or knowing it to be likely that he will thereby facilitate the commission of an offence punishable ..... makes any representation which he knows to be false respecting such design. Allerdings tritt hier nicht die volle Strafe ein, sondern eine Ermäßigung.

III.

Vorsatz und Absicht.

§ 1.

Der Unterschied zwischen Vorsatz und Absicht ist nicht der, daß der Vorsatz die als Gegenmotiv eintretende Vorstellung des Erfolges

*) Vgl. § 307 Z. 3 R.St.G.B.

**) Vgl. darüber auch Berner, Lehre von der Theilnahme S. 261.

überwindet;*) denn nicht nothwendig ist die Vorstellung des Erfolges eine der That feindliche, eine von der That zurückhaltende; vielmehr können die Folgen dem Thäter höchst gleichgültig, sie können ihm selbst erwünscht sein, auch ohne daß deßhalb die Vorstellung derselben das treibende Motiv des Willens wäre, auch ohne daß deßhalb der Vorsatz zur Absicht würde. Das Verhältniß der Vorstellung des Erfolges zu dem Willen kann bei dem bloßen Vorsatze das allermannigfaltigste sein, es kann vom heftigen Widerstreben bis zur lächelnden Connivenz gehen. Der verstockte Mörder, der auflacht, wenn menschliche Gliedmaßen in die Luft fliegen, handelt vorsätzlich, nicht absichtlich, wenn er die Sprengbomben unter das Publikum wirft, um unter dem Schirme der Verwirrung zu plündern; und der Subversist, dem das ganze Leben in einer verbrecherischen Idee aufgeht, ist möglicherweise höchst apathisch gegen das Menschenleben Dritter, die nebenbei geopfert werden, ebenso wie vielleicht gegen sein eigenes Leben. Andererseits kann die Vorstellung von der Tödtung der Massen dem verbrecherischen Gemüth möglicherweise ein solches Behagen verschaffen, daß er darnach lechzt, daß er darin seine Befriedigung findet. Vorsatz und Absicht sind daher Gegensätze, welche ineinander fließen können, sofern eben der Gedanke an den betreffenden Erfolg in dem Thäter so sehr auflacht, daß er diesen Erfolg nicht mehr als eine mehr oder minder angenehme Zugabe mitnimmt, sondern denselben erstrebt oder miterstrebt.**)

Daher ist ein genügender deliktuoser Vorsatz gegeben, wenn A. ein Schiff in See stechen läßt, von welchem er annehmen muß, daß es mit größter Wahrscheinlichkeit während der Fahrt auseinanderfallen und die Insassen in die äußerste Lebensgefahr bringen wird. Derartige Seelenverkäufer verdienen nicht, daß das Recht sie glimpflicher behandelt und den Vorsatz verneint, weil ihnen das Menschenleben so wohlfeil erscheint, daß sie dasselbe gegen die Absicht auf Erstrebung von Geld und Gut ganz zurücktreten lassen, oder weil

*) Vgl. Bünger a. a. O. S. 49 ff., Lucas, Subjective Verschuldung S. 8 ff.; weitere Literatur über die Frage in meinem Patentrecht S. 533 ff., Liszt, Lehrbuch S. 165. Ueber die Auffassung des Reichsgerichts vgl. auch Huther in Goltd. Archiv XXXVI. S. 447 ff.

**) Vgl. auch Wharton § 967 p. 36: Homicide from a general malice or depraved inclination to do evil, fall where it may; vgl. ferner § 998, 999.

ihnen die Erhaltung des Menschenlebens gar nicht als Motiv erscheint, das sie durch Gegenmotiv überwinden müßten. Ebenso wurde in Amerika der Tödtungsvorsatz bejaht, als mehrere sich verbanden, um sich der öffentlichen Gewalt in solcher Weise zu widersetzen, daß bei dem Tumult Tödtungen zu erwarten waren.*) Es gibt bei derartigen Gelegenheiten gewissenlose Personen genug, welche den Tumult erregen und die Unordnung schüren, und sich dann bei Ausbruch des Unwetters schlau zurückziehen. Die Rechtsordnung wäre unzureichend, wenn sie nicht die genügenden Waffen gegen derartige Personen gäbe, welche eine doppelte Blutschuld auf sich laden, den Tod derjenigen, welche im Aufruhr fallen, und das Schicksal der unglücklich Verführten, welche von der Strafe ereilt werden. Hier bietet die unrichtige Theorie keinen gehörigen Anhalt; wohl aber die richtige: dem Menschenleben gegenüber ist schon der Vorsatz, das Bewußtsein genügend, um die Causirung des Todes zum Todschlag oder Mord zu gestalten.

Man denke sich die furchtbare Verantwortung, welche sich bei einem Volksaufstande derjenige auf die Seele ladet, der das empörte Volk auf gewisse Personen hetzt, die dann vom Volke zerrissen und mit Füßen zertreten werden. Sollte ein solcher deßwegen von der Blutschuld frei sein, weil seine Absicht nicht auf den Tod einer solchen Person gerichtet war?**) Eine derartige Haftung ist allerdings beschränkt auf die Tödtung solcher Personen, welche im Gefolge des Aufruhrs und der damit verbundenen Kämpfe getödtet werden; die Tödtung, welche ein Anderer unter dem Schutze der Unruhe für sich und zu seinen eigenen Zwecken begehen würde, wäre nicht als Folge des Aufruhrs zu betrachten und nicht von dem Aufruhrstifter zu vertreten.***)

Allerdings geht das englisch-amerikanische Recht insofern noch weiter, als es auch einen solchen Erfolg dem Dolus zurechnet, welcher bei uns nur der culpa dolo determinata zugeschrieben wird, — sofern nämlich das Bewußtsein des Thäters nicht auf die Todesfolge, sondern auf andere Verbrechensfolgen gerichtet ist, und bezüglich der Todesfolge lediglich culpa vorliegt; weßhalb auch amerikanische

*) Wharton § 999.

**) Vgl. Wharton § 999 II. p. 61, 62; vgl. auch I. § 127.

***) Vgl. auch Wharton § 1000, 1001.

Statuten sich veranlaßt sahen, einen murder ersten und zweiten Grades zu unterscheiden.*) Wir gehen nicht soweit, wir nehmen den Dolus nur dann an, wenn das Bewußtsein obwaltet, daß eine solche Tödtung sicher oder mit höchster Wahrscheinlichkeit eintreten werde, wie dies nunmehr des Näheren auszuführen ist.

Das Deliktsmoment bei dem Vorsatze besteht darin,**) daß Jemand den Thatwillen faßt unter dem Bewußtsein des verletzenden Charakters der That, daß er den Thatwillen faßt in Apathie gegen die ihm bewußten Folgen oder selbst unter Connivenz dieser Folgen oder unter wissentlicher Bekämpfung der aus der Vorstellung dieser Folgen sich ergebenden Gegenmotive.

Daraus ergibt sich von selbst, daß die Folgen entweder als sicher oder doch als sehr wahrscheinlich vorausgesehen werden müssen, damit der Vorsatz vorhanden ist; auch in letzterem Falle liegt Dolus vor, weil die Erwartung, daß vielleicht der Erfolg doch nicht eintreten werde, ebenso in den Hintergrund tritt, wie etwa die Erwartung, daß der, auf den ich schieße, einen Panzer trage, so daß der Schuß ihn nur im Moment betäube, nicht tödte. Auf derartige, außerhalb des gewöhnlichen Laufes der Dinge liegende Gegenerwartungen und Gegenwünsche kann das Recht kein Gewicht legen; wer den regelmäßigen Causalfolgen ins Auge sieht, der muß diese Causalfolgen tragen, sollte er auch dahinter etwas außerordentliches, etwas ganz ungewöhnliches erwarten, um den Causalismus zu kreuzen. Sonst würde die Rechtsordnung sich in die Gewalt derjenigen Köpfe geben, welche immer eine eigene Ordnung der Dinge für sich wünschen und glauben, daß sie eine Art von Privilegium hätten gegenüber dem Causalismus der Natur, der uns alle bindet. Die Rechtsordnung aber muß sagen: Du hast kein Recht, für dich etwas außerordentliches zu erwarten; hast du etwas gewollt, welches nach dem regelmäßigen dir bewußten Laufe der Dinge den Erfolg A. erzeugt, so hast du den Erfolg A. gewollt.

So wenn der Erfolg sicher oder äußerst wahrscheinlich ist; liegt

*) Wharton § 712b, 1075 ff., 1084 ff. Vorausgesetzt wird, daß der Vorsatz, wenn auch nicht auf Tödtung, so doch auf ein schweres Delikt, auf felony, nicht auf eine bloße Uebertretung gerichtet ist; Wharton § 712b.

**) Vgl. zum Folgenden auch Liszt, Lehrb. S. 165 ff., Lucas, Die subjective Verschuldung S. 22 ff.

dagegen eine bloße Möglichkeit oder eine einfache Wahrscheinlichkeit vor, dann genügt das Bewußtsein deßhalb nicht, weil in solchem Falle das Vertrauen auf den gegentheiligen Ausfall immer noch das durchschlagende Gegenmotiv bilden kann und dieses Gegenmotiv plausibel ist; und wenn in solchem Falle auch die Möglichkeit des Erfolges dem Thäter entgegenlacht, so sind dies doch nur unsichere Gaukelbilder, gegen welche eine Apathie oder selbst Connivenz nicht als verbrecherisch gelten kann.

Treffend besagt daher auch der Anglo-Indian-Code in Art. 300, daß ein Mord vorliege, wenn the person committing the act knows that it is so imminently dangerous that it must in all probability cause death, ... and commits such act without any excuse for incurring the risk of causing death or such injury as aforesaid.

Für den Fall der bloßen Möglichkeit gilt das Gesagte durchaus; im Falle der Wahrscheinlichkeit kann dies eine Aenderung erfahren, wenn nämlich der Thäter den betreffenden Erfolg zum Ziel seines Handelns gesetzt hat, — wenn er nicht bloß die That, wenn er den Erfolg gewollt hat, sei es principaliter, sei es incidenter, m. a. W., wenn nicht nur Vorsatz vorliegt, sondern Absicht.*) Dahin gehört der Fall des dolus eventualis. A will beispielsweise den B tödten. Ueberredet er ihn einfach, Eisenbahn zu fahren, in der Annahme, daß vielleicht der Bahnzug verunglückt, so liegt ein dolus, auch ein dolus eventualis nicht vor, da es sich um eine — zudem ganz entfernte — Möglichkeit handelt. Denke man sich aber den Fall: A weiß, daß einige Mordgesellen eine Schiene herausgerissen haben, und überredet den B, diese Eisenbahnstrecke zu fahren, mit dem Willen, daß er bei einem solchen Eisenbahnunfall umkommen soll, so ist er verantwortlich, wenn B umkommt; er ist verantwortlich, weil er seinen Tod gewollt hat. Er wäre auch verantwortlich, wenn er nicht seinen Tod, sondern nur seine Verstümmelung gewollt hat: denn auch hier wird das Bewußtsein der Wahrscheinlichkeit durch die Absicht verstärkt, welche — wenn auch nicht auf den wirklichen Erfolg, so doch auf einen dem wirklichen Erfolg naheſtehenden Erfolg gerichtet war.

Hätte aber Jemand zwar von den Mordgesellen Kenntniß,

*) Insofern kommt auch bei bloßen Vorsatzdelikten die Absicht in Betracht.

würde er aber Jemanden auf dieser Strecke zu anderen Zwecken rufen, z. B. einen Arzt, dessen schleunige Hülfe er bedarf, so daß er sich zwar der Möglichkeit, ja der Wahrscheinlichkeit eines Eisenbahnunglücks und der Wahrscheinlichkeit des damit verbundenen Todeserfolgs bewußt ist, ohne jedoch diesen Erfolg in seinen activen Willen aufzunehmen und auch nur adminiculirend als Zweck seines Handelns zu setzen: dann wäre der Dolus ausgeschlossen.

§ 2.

Welches aber das Bewußtsein des Thäters sein muß, auf daß ihm delikticischer Vorsatz angerechnet werden kann, ist nun näher zu erörtern; denn es wäre durchaus nicht richtig anzunehmen, daß das Bewußtsein sich auf sämmtliche Folgen des Deliktes beziehen und alle Verhältnisse und Influenzen, welche sich aus dem Delikte entwickeln, umfassen müsse.

Zunächst soll dies gezeigt werden bezüglich der Rechtsverletzungen im eigentlichen Sinn, d. h. bezüglich derjenigen Verletzungen, welche nicht gegen allgemeine Kulturinteressen und gegen gesellschaftliche Lebensinstitute, sondern gegen Rechte Einzelner, z. B. gegen Eigenthum oder Immaterialrecht gerichtet sind.*) Da nämlich das Recht des Einzelnen nicht um seiner selbst willen, sondern wegen des von ihm gedeckten Genußgehaltes geschützt ist, so genügt es für den Dolus zunächst, wenn der Thäter das Bewußtsein hat, daß durch seine That der Genußgehalt des anderen Theiles verletzt wird, und es ist bezüglich der Frage, ob der Thäter nicht zu dieser Verletzung des Genußgehaltes berechtigt ist, nicht das Bewußtsein der Nichtberechtigung nöthig, sondern es genügt, wenn derselbe sich diese Frage überhaupt nicht ernstlich vorlegt, es genügt in dieser Beziehung die rechtliche Apathie. Dies ist insbesondere wichtig für Gebiete, wie das Autor-, das Patent-, das Markenrecht, in welcher Beziehung auf meine cit. Entwickelungen zu verweisen ist.**) Die rechtliche Apathie ist bereits Mangel der bona fides.

*) Vgl. mein Autorrecht S. 120 ff., mein Markenrecht S. 355 ff.

**) Entscheidungen s. in meinem Markenrecht S. 357; neuerdings auch die Civilentscheidung des Reichsgerichts 8. Juli 1885 Entsch. (in Civilsachen) XIV. S. 70 ff., 75.

Aber nicht nur bei Rechtsdelikten, auch bei andern Delikten gilt eine analoge Betrachtungsweise; so zunächst im Gebiet der allgemeinen Lehren, insbesondere was die Berufung auf Nothstand und Nothwehr betrifft, — wie dies bereits Autorrecht S. 122 berührt worden ist. Es darf sich Jemand auf putative Nothwehr oder Nothstand nur dann berufen, wenn er ernstliche, loyale Gründe hatte, eine solche Nothlage anzunehmen, wobei dann allerdings die Beschleunigung und die Eile des einzelnen Falles mit berücksichtigt werden muß.

Aber auch bezüglich der Delikte im Besonderen gelten analoge Sätze. Es muß als Grundsatz aufgestellt werden, daß der Dolus fehlt, wenn der Thäter bezüglich der Interessen, welche vom Recht geschützt werden, sich in bona fide befindet. Eine Ausführung im Einzelnen müßte den ganzen speciellen Theil des Strafrechts bearbeiten; hier sollen nur wenige frappante Fälle besprochen werden.*)

Besonders wichtig ist die Frage, wie es sich bei dem Widerstand gegen die Staatsgewalt verhält, wenn Jemand annimmt, er sei zu diesem Widerstand berechtigt, weil der Beamte nicht in rechtmäßiger Ausübung seines Amtes handle;**) wenn er also annimmt, daß der Beamte die Competenzschranken oder sonst die Grenzen seiner Berechtigung überschritten habe. Wie bei jenen Rechtsdelikten zwischen Recht und Genußgehalt, so ist hier zwischen der faktischen Ausübung der staatlichen Autorität und ihrer Berechtigung zu unterscheiden; und da die Berechtigung zur Regulirung der faktischen Macht gesetzt ist, so kommt bei dem Dolus in erster Reihe das Bewußtsein in Betracht, daß der faktischen Entwicklung der staatlichen Autorität entgegengetreten wird; bezüglich der Berechtigung gilt auch hier das soeben ausgeführte. Dies ist allerdings bestritten. Manche behaupten, daß, wer einem Beamten Widerstand entgegensetze, es auf seine Gefahr thue, so daß, wenn es sich auch ganz gegen seine Voraussetzung oder auch nur Voraussehbarkeit ergibt, daß der Beamte im Rechte war, er wegen des Widerstandes gestraft würde. Das wäre aber gegen den Sinn der Gesetzgebung: es würde dies dazu führen, die Mög-

*) Die Ausführungen Bindings, Normen II. S. 507 ff. sind in Manchem anfechtbar.

**) Die Ausführungen Autorrecht S. 122 sind dem Resultate nach richtig, bedürfen aber der nunmehr folgenden Begründung. Viel zu weit geht Binding, Normen II. S. 587 ff.

lichkeit des Widerstandes gegen illegale Akte ziemlich illusorisch zu machen, da ja immerhin ein objektives Recht des Beamten im Hintergrund stehen könnte, welches aller Voraussicht trotzt.

Auf der andern Seite kann natürlich Niemand auf's Gerathewohl einem Beamten Widerstand entgegensetzen, weil ihm das Bewußtsein fehlt, daß die Handlung des Beamten innerhalb des ihm gesteckten Kreises liege.

Das Richtige ist: der Dolus ist dann gegeben, wenn Jemand bewußtermaßen einem öffentlichen Beamten Widerstand leistet, sofern er nicht ernsthafte Gründe hat, anzunehmen, daß er dem Beamten gegenüber in seinem Rechte sei, und diese Gründe müssen umso ernsterer Natur sein, je ernsthafter der Widerstand ist, welchen er dem Beamten entgegensetzt. Nur dann ist er in bona fide.*)

Ernsthaft sind diese Gründe aber auch dann, wenn der Thäter bei tieferer Erwägung zu richtigerer Erkenntniß hätte gelangen können. Die ernsthafte Prüfung (im Gegensatz zur Frivolität) darf nicht mit einsichtsvoller durchschlagender Prüfung verwechselt werden: die ernsthafte Prüfung schließt das Verschulden (die culpa) nicht aus, sie schließt nur den Vorsatz, den Dolus aus.

In gleicher Weise ist in Bezug auf andere Delikte zu entscheiden. So was die Delikte gegen Religionsgenossenschaften, so was die Delikte gegen Leichen betrifft, wovon unten noch näher zu handeln sein wird. Wenn Jemand eine Religionsgenossenschaft beschimpft und nicht weiß, daß sie im Inlande Korporationsrechte genießt, so ist er doch im Dolus; hier würde selbst ein ernstlicher Irrthum regelmäßig den Thäter nicht entlasten; denn auch ein ernstlicher Irrthum stellt hier den Thäter noch nicht in die bona fides: ein Beschimpfungsrecht gegenüber einer Religionsgesellschaft besteht überhaupt nicht. Aehnlich verhält es sich mit dem Leichendelikte, wenn der Thäter glaubt, daß die Leiche nicht im Gewahrsam des Berechtigten sich befinde.

---

*) Aehnlich verhält es sich, wenn der Thäter eine Beschlagnahme bricht, die er als ungültig erfolgt annimmt. Vgl. hierüber Reichsgericht, 13. Juni 1884 Entsch. X. S. 425, 430 ff., welche Entscheidung im Wesentlichen das Richtige trifft.

§ 3.

Die Dolusdelikte des Reichsstrafgesetzbuchs sind meistens Vorsatz-, nur ausnahmsweise Absichtsdelikte, d. h. bei den meisten Delikten genügt der Vorsatz, also der auf die That gerichtete Wille mit dem Bewußtsein des sicher oder doch höchst wahrscheinlich eintretenden verletzenden Erfolges; seltener wird die Absicht verlangt, d. h. das Motivstreben nach dem bestimmten deliktuosen Erfolge, so daß eben das Bewußtsein des Erfolges, die Apathie, die Connivenz gegenüber dem Erfolge nicht genügt.

Absichtsdelikte sind fast durchgängig solche, bei welchen das Delikt nach seinem, ich möchte sagen, abstract vollkommenen Gehalte noch etwas weiteres, als den gesetzlichen Thatbestand verlangt, während das Gesetz aus irgend welchen Gründen das Stadium der Vollendung auf einen früheren Punkt der Deliktentwicklung zurückdatirt hat. Hier tritt der abstrakte Gesichtspunkt insofern zu Tage, als das, was zur abstrakten Vollendung gehört, mindestens im Geiste des Thäters als das Ziel seiner Bestrebung gesetzt werden muß.*)

Ein lehrreiches Beispiel liefert der Betrug. Der Betrug besteht, vom abstrakten Standpunkt betrachtet, in einer besonderen Art der Schädigung fremden Vermögens (nämlich durch Vermittlung eines causalen Irrthums) und in dem aus dieser Beschädigung originirenden Vermögensvortheil. Das Gesetz hat aber aus sehr begreiflichen Gründen das Stadium der Vollendung zurückdatirt: die Vollendung ist bereits mit der Beschädigung gegeben, und es genügt, wenn der Vermögensvortheil das Ziel der schädigenden Handlung war. Ganz ähnlich verhält es sich im Falle des Versicherungsbetrugs (§ 265)**); ganz ähnlich mit dem Delikte der Erpressung (§ 253), ganz ähnlich mit der qualificirten Begünstigung und der Hehlerei (§§ 257—259).***) Ebenso gehört zum Diebstahl in seiner abstrakten Vollendung nicht nur die Wegnahme, sondern auch die Aneignung; woher sich auch der sonst nicht genügend aufgeklärte Umstand ergibt, daß die Nothwehr gegen den Dieb auch noch nach der Wegnahme der Sache stattfindet, — so-

*) Ueber die Praxis des Reichsgerichts in dieser Frage vgl. Lucas, Subject. Verschuldung S. 29 ff.

**) Vgl. Speßhard, Versicherungsbetrug S. 28 ff.

***) Vgl. auch Simonson, der Begriff des Vortheils S. 25, 43, und die hier citirten Entsch.

lange bis eben der Dieb denjenigen Besitzstand der Sache erworben hat, welcher als ruhige Aneignung bezeichnet werden kann.*)

Daraus ergibt sich ferner der Satz, daß eine Theilnahme beim Diebstahl immer noch möglich ist, selbst wenn der Diebstahl durch Wegnahme der Sache formell vollendet ist; so wenn der Dieb zuerst seine Säcke vollstopft und dann die Säcke einem Helfershelfer zum Fenster hinaus zuwirft. Stets muß man berücksichtigen, daß die formale Vollenduug des Diebstahls von der Gesetzgebung, und zwar ziemlich allgemein, auf einen früheren Standpunkt verlegt wird, als solches nach Maßgabe der Art des Diebstahls als eines Eigenthumsdeliktes zu erwarten wäre. Darum verlangt aber unser Gesetz, daß dasjenige Moment, welches zur abstrakten Vollendung fehlt, mindestens in der Absicht des Thäters liegt, d. h. vom Thäter nicht nur vorhergesehen, sondern auch erstrebt wird.

So ferner das Delikt der Vergiftung. Dasselbe geht von der Körperverletzung aus, doch bei der großen Gefährlichkeit des Delikts wird die Vollendung zurückdatirt auf den Moment des Beibringens — aber das Beibringen muß in der Absicht erfolgen, die Gesundheit zu schädigen, 229 R.St.G.B. Vgl. auch C. pén. Art 301.

Ein weiteres belehrendes Beispiel bietet das Münzdelikt. Die Nachmachung fremden Geldes (§ 146) ist an sich noch kein vollendetes Delikt, ebensowenig als die Verfertigung einer falschen Urkunde; an sich gehört ein Gebrauchmachen, ein Inverkehrbringen dazu; ebenso verhält es sich mit der Einführung ins Inland (§ 147): die abstrakte Vollendung verlangt auch hier ein Inverkehrbringen. Wenn nun die Gesetzgebnng bei der außerordentlichen Gemeingefahr des falschen Geldes das Stadium der Vollendung zurückdatirt, so thut sie das mit der Maßnahme, daß das frühere Stadium unter der Voraussetzung als Vollendung behandelt wird, daß der Thäter das Inverkehrbringen oder Verbreiten als das Ziel seines seitherigen Handelns gesetzt hat.**) Aehnlich verhält es sich mit der Stempelfälschung, § 275 Z. 2 u. 3.

*) So erklärt es sich auch, wenn verschiedene amerikanische Statuten annehmen, daß, wenn ein Dieb eine im anderen Staat gestohlene Sache in den eigenen Staat bringt, er hier gestraft werden kann, als wie wenn das Verbringen der gestohlenen Sache eine Fortsetzung des Diebstahls wäre; Wharton, § 210x und § 1816.

**) Nach dem gleichen Gesichtspunkt ist § 151 zu beurtheilen. Der Charakter des § 151 ergibt sich deutlich aus dem Gegensatze zu § 360 Z. 4.

Aehnliches läßt sich bei der Urkundenfälschung statuiren: der Gebrauch der Urkunde muß ein Gebrauch zum Zwecke der Täuschung sein, § 267 cf. 279; ähnliches bei der qualificirten Urkundenfälschung (§ 268, 272 — auch 349), bei der Urkundenunterdrückung (§ 274, 133, 349), bei der activen Bestechung (§ 333),*) ferner bei dem Paulianischen Delikte (§ 288); bei der Verletzung der Wehrpflicht (§ 143); bei dem Verächtlichmachen von staatlichen Einrichtungen oder Maßnahmen (§ 131).

Besonders belehrend ist die Behandlung des Landfriedensbruchs. Derselbe ist vollendet, wenn eine Rotte mit vereinten Kräften Gewaltthätigkeiten begeht; dringt sie aber dabei in Wohn- oder Geschäftsräume ein, so ist das Delikt bereits mit dem Eindringen vollendet, sofern nur derartige Rottengewaltthaten das Ziel ihres Handelns sind (§ 124, 125).

Belehrend ist endlich, namentlich von historischem Standpunkte aus, die Begünstigung. Ein Delikt ist in seiner idealen Schädigung bestärkt, sobald die criminelle oder die civilistische Repression vereitelt worden ist; und wo die alte Gesetzgebung den Begünstiger mit der Strafe der That belegt, also den Begünstiger dem Thäter substituirt, da verlangt sie gewöhnlich, daß der Thäter der Strafe entzogen wird, — denn der Begünstigte soll statt seiner büßen. Unsere Gesetzgebung aber datirt die Vollendung zurück, indem sie die Begünstigung schon dann als consumirt erachtet, wenn ein Beistand geleistet ist; darum muß aber auch die Vereitlung der staatliche Repression das Ziel der Beistandleistung sein, es muß eine Beistandleistung in der Absicht vorliegen, um in der einen oder anderen Weise der staatlichen Repression entgegenzutreten; darum § 257: „um denselben der Bestrafung zu entziehen oder um ihm die Vortheile des Verbrechens oder Vergehens zu sichern."

Aehnlich verhält es sich mit dem Begünstigungsdelikte des Strafbeamten, welches dahin zielt, daß ein Schuldiger der Strafe entzogen wird. Eigentlich sollte die Rechtsverletzung erst mit dem Momente als consumirt gelten, wenn der Schuldige straflos wird; aber die Gesetzgebung hält ein solches Thun für so gefährlich, daß sie den Effekt nicht abwartet: wer ein solches Thun sich zu Schulden kommen

*) Auch § 334.

läßt, wird bereits wegen vollendeten Deliktes bestraft; aber dies nur unter der Voraussetzung, daß dasjenige, was vom begrifflichen Standpunkte aus erforderlich wäre, in dem Geiste des Thäters als Ziel seines Thuns gesetzt war; darum sagt § 346: „in der Absicht, Jemand der gesetzlichen Strafe rechtswidrig zu entziehen." Ebenso verhält es sich mit der Erpressung von Geständnissen und Aussagen (§ 343); es wäre zu erwarten, daß erst die vollführte Erpressung den Thatbestand erfüllt — eine Abart der Rechtsbeugung — aber das Gesetz verlegt das Stadium der Vollendung um einen Schritt zurück.

Noch deutlicher ist dies bei der Conspiration § 87 „um dieselbe zu einem Kriege gegen das Deutsche Reich zu veranlassen"; beim plagium § 234: „um ihn in hilfloser Lage auszusetzen oder in Sklaverei . . . zu bringen": die lex Fabia sagte: qui civem Romanum . . . vendiderit . . . comparaverit. Ebenso ist die Entführung eigentlich erst vollendet d. h. das durch dieselbe zu bewirkende Uebel ist erst erfolgt, wenn Ehe oder Geschlechtsumgang stattgefunden hat — aber vielfach hat die Gesetzgebung die Sache bei einem früheren Moment erfaßt, so. § 236, 237 — darum muß aber auch die Vergewaltigung in der Absicht stattfinden, die Frauensperson zur Unzucht oder zur Ehe zu bringen. Ebenso muß beim Markendelikt die Bezeichnung der Waaren in der Absicht stattfinde, die falsch markirte Waare zu verbreiten u. a.*)

Eine ähnliche Komplication tritt ein beim betrügerischen Bankerutt. Der betrügerische Bankerutt setzt eigentlich eine Schädigung der Gläubiger voraus, sei es durch Wegschaffung von Zahlungsmitteln, sei es durch Verdunklung des Sachverhaltes; die Gesetzgebung betrachtet das Delikt aber schon als vollendet mit dem Momente, wo die Wegschaffens- oder Verdunklungshandlung vollzogen und der Konkurs ausgebrochen ist, verlangt aber dafür, daß die Benachtheiligung der Gläubiger von dem Schuldner beabsichtigt wird, § 209 Konk.O.**)

Wie sehr hierbei die positive Gesetzgebung einschlägt, beweist das englische Recht; das nächtliche Einbrechen in ein Wohnhaus zum Zwecke, darin ein Verbrechen zu begehen, ist burglary;***) das Delikt

*) Vgl. mein Markenrecht S. 384.

**) Vgl. auch noch § 252, 307 Z. 2 St.G.B. und § 7 Dynamitgesetz.

***) Vgl. Wharton, § 1531 ff., Stephen, Commentaries IV. p. 104 ff.

ist schon mit dem Einbruche vollendet, — dafür muß aber auch die Absicht der Verübung eines Verbrechens vorliegen.

§ 4.

Auch die Anstiftung verlangt Absicht, nicht bloßen Vorsatz. Wer einem Andern Einflüsterungen macht im Bewußtsein, daß derselbe sicher oder doch höchst wahrscheinlich sich dadurch zur That veranlaßt fühlen wird, kann noch nicht als Anstifter behandelt werden: Anstifter ist nur derjenige, welcher tendenziös auf einen Andern einwirkt; ein solcher ist Anstifter, mag nun die Einwirkung auf den Willen eine direkte oder eine indirekte gewesen sein. Daß aber die Anstiftung tendenziös sein muß, hat seinen besonderen Grund.*) Unter allen Dingen, auf welche Jemand einwirken kann, ist der Mensch selbst das unsicherste, und es ist dasjenige, welches am meisten anderweitigen Einflüssen unterworfen ist. Eine Verantwortung daher für Gespräche und Handlungen, welche mit mehr oder minder großer Wahrscheinlichkeit die schlimme Begierde entflammen können, würde zu einer höchst bedenklichen Beschränkung des menschlichen Verkehrs führen;**) unschuldige Mittheilungen, selbst pflichtgemäße Aussagen können die Seele entflammen, und es wäre in vielen Fällen nachweisbar, daß derjenige, welcher die Aeußerung gethan, allerdings wußte, daß der Dritte eine empfindliche Stelle hatte, an welcher diese Aeußerung einschlagen würde. Aber wer sollte dann überhaupt noch sich frei äußern dürfen? Welche unerhörte Reserve müßte sich ein Jeder im Sprechen, Thun oder Handeln auferlegen? Darum der Satz: nur dann, wenn zu dem Bewußtsein die Absicht hinzutritt, kann von einer Anstiftung die Rede sein.

Daß es sich bei der Beeinflussung eines Unzurechnungsfähigen in dieser Beziehung anders verhält, ist sehr begreiflich; denn der Unzurechnungsfähige steht nicht in einer solchen Fülle so verschiedener von dem Verstande verarbeiteter Einflüsse, ihm fehlt die Kombinationskraft des Verstandes, welche aus den Einflüssen stets neue Motive bildet; bei ihm ist der Erfolg einer Einflüsterung viel leichter ersichtlich. Daher der Satz, daß bei der Beeinflussung eines Unzu-

*) Vgl. die treffenden Bemerkungen Hälschners I. S. 397 ff.

**) Vgl. auch Goltdammer, Materialien I. S. 306 ff.; Bruck, Zur Lehre von der Fahrlässigkeit S. 112 ff.

rechnungsfähigen, wie bei der Reizung eines Thieres oder bei der Erregung einer Naturkraft der Vorsatz genügt und Absicht nicht erforderlich ist.

Die Anstiftung muß daher stets Absichtsdelikt d. h. Delikt mit Absichtsdolus sein; es genügt nicht, daß der Anstifter sich bewußt war, seine Thätigkeit werde den Andern sicher oder höchst wahrscheinlich bestimmen: der Anstifter muß diese Bestimmung wollen, er muß sich des Andern als eines Mediums seiner auf den Erfolg gerichteten Pläne bedienen.

Hier ist nun aber etwas weiteres beizufügen, was vielfach übersehen wird. Die Absicht muß nicht nur vorhanden sein: sie muß auch zur faktischen Ausprägung gelangen; und das geschieht nicht, wenn Jemand aus berechtigten Interessen einem Andern gegenüber ein Verhalten einnimmt, welches in demselben die Motive zur That erweckt; dies selbst dann nicht, wenn er neben dem berechtigten Interesse noch nebenbei die Absicht hätte, durch dieses Verhalten den Andern zur That zu entflammen: denn da sein Verhalten bereits durch das berechtigte Interesse gedeckt ist, so ist die weitere Absicht ein Superfluum, welches in dem Verhalten nicht zur Ausprägung gelangt und daher als Internum unerheblich bleibt. Wer etwas thut, was in seiner Berechtigung liegt, der kann nicht wegen Anstiftung verantwortlich sein, auch wenn er das daraus hervorgehende Delikt wirklich beabsichtigte. Wer einem Armen die letzte Hülfe verweigert, ist deßhalb nicht verantwortlich, auch wenn er voraussieht, daß der Hülflose stehlen und rauben wird; er ist es auch dann nicht, wenn er dies beabsichtigen würde, — vorausgesetzt, daß er nichts weiter thut, als was Jeder thun darf, daß er einem Nothleidenden die Hülfe verweigert. Wer auf einem Schleichweg in die Wohnung eines Bekannten geht, ist nicht verantwortlich, wenn er auch weiß, ja wenn er selbst beabsichtigt, daß ein Dieb dadurch auf den Schleichweg aufmerksam gemacht und zum Stehlen verleitet wird. Wer ein Selbstgeschoß durch öffentlichen Anschlag kundgibt, der ist deßhalb noch kein Anstifter, wenn er auch weiß oder gar will, daß ein Uebelthäter sich dessen bedient und einen Fremden, welcher die Worte nicht lesen kann, in das Bereich des Schusses lockt. Wer als Beamter eine bestimmte Finesse der Urkundenfälschung entlarvt, der kann nicht verantwortlich sein, selbst wenn er die Absicht hätte, daß ein Zuhörer sich die besondere Feinheit zu

Nutzen macht u. s. w. Wie man sieht, kann es sich ja um Dinge handeln, die Jemand zu thun, nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet ist; die Erfüllung einer Pflicht wird aber niemals dadurch zur Anstiftung, daß Jemand nebenbei die Absicht hat, einen Dritten zum Delikte zu verleiten.

Aber hier ist bereits die schiefe Ebene. Mit jeder individuellen Andeutung, mit welcher der Erklärende das Gebiet der objektiven Erklärung verläßt und einen Hinweis auf die Möglichkeit des Mißbrauches gibt, verläßt er die gerade Straße, welche ihn deckt und begibt er sich auf den Irrpfad des Verbrechens. So wenn A. nicht nur den Nothleidenden abweist, sondern ihn auf die Möglichkeit aufmerksam macht, bei einigen reichen Personen sich seinen Unterhalt von selbst zu holen; wenn der den Schleichweg wandelnde zugleich dem Räuber ein Zeichen gibt, um ihn speciell auf die günstige Gelegenheit aufmerksam zu machen: in allen diesen Fällen ist bereits das Gebiet der Anstiftung (oder auch Beihülfe) betreten. In diesen Fällen ist denn auch die specielle Absicht zur äußern Kundgebung gelangt. Solange Jemand nichts weiter thut, als daß er den ungewöhnlichen Pfad geht, ist die etwaige Absicht, dem Räuber den Weg zu weisen, zwar vielleicht vorhanden, sie ist vielleicht aus seinem Tagebuch, aus den Worten, die er seinem Freunde ins Ohr raunt, sicher zu konstatiren; aber sie ist nicht zur thatsächlichen Ausprägung gelangt. Solches gehört aber zur Anstiftung.

Darnach lassen sich auch folgende Fälle entscheiden: A. gibt dem B. an, daß der Rentier D. Nachts mit vielem Geld unterwegs ist; hierin kann eine genügende Anstiftung zum Raube enthalten sein, sofern A. den B. als einen Menschen kennt, den dieser Umstand zur That bestimmen kann, — natürlich sofern er die Absicht hat, ihn zu bestimmen. Wenn dagegen A., den Trotz des B. kennend, ihm lediglich von der That abredete, allerdings in der Absicht, seinen Trotz zu reizen und ihn dadurch gerade umgekehrt zur That zu bestimmen, so kann in der bloßen Abmahnung an sich keine Anstiftung enthalten sein; Anstiftung (oder auch eine Beihülfe) würde aber wiederum dann hervortreten, wenn derselbe in die Abmahnung geschickt die Erzählung von Umständen einflechten würde, welche dem Thäter individuelle — außerhalb der Abmahnung liegende — Motive zur That gewährten oder die That erleichtern würden; so wenn er ihm Ort und Zeit verrathen, Mittel

kundgeben würde, oder wenn seine Gespräche zwar moralische Abmahnungen, dazwischen aber Zureden enthielten, welche den Thäter darauf hinwiesen, daß seine Existenz, seine besondere Stellung ꝛc. ihn der „Bürgermoral" entheben würden.

Das obige Princip, daß selbst die Absicht Niemanden zum Anstifter macht, wenn nicht diese Absicht in dem Einwirkungsakt zur Ausprägung gelangt ist, kömmt auch noch in folgender Gestalt zur Anwendung: keine Anstiftung ist gegeben, wenn Jemand absichtlich einen Menschen moralisch verdirbt zu dem Zwecke, damit derselbe von sich aus zu dem verbrecherischen Entschlusse gelange.*) Es ist zwar sehr die Frage, ob es nicht entsprechend wäre, die moralische Depravirung, namentlich einer jugendliche Person, als Delikt zu statuiren; dagegen ist hier eine Anstiftung ausgeschlossen, weil die auf das specielle Delikt gerichtete Absicht nicht in der That zum Ausdruck gelangte; zudem ist die Beziehung zwischen der Einwirkung des Anstifters und der That eine nur indirekte, da der Anstifter nicht die Motive für das betreffende Delikt eingeflößt, sondern nur den Thäter allgemein für schlechte Motive empfänglich gemacht hat. Allerdings ist es auch hier anders, sobald der Anstifter seinen verderblichen Einwirkungen eine specielle Richtung auf die That gegeben hat, sobald er seinem „Zögling" speciell die That als das erstrebenswerthe Ziel vorgestellt hat. Bei sehr vielen anarchistischen Delikten läßt sich nachweisen, daß eine Zeit lang allgemein Haß gegen die Gesellschaft und die Gesellschaftsformen genährt worden ist, bis die umdüsterten Gemüther für Mord und Aufruhr empfänglich gemacht worden sind. In dem Moment, in welchem dem Verführten ein specielles Delikt als Ziel vorgehalten worden ist, beginnt die Anstiftung.

Was soeben ausgeführt worden ist, daß die Anstiftung sich als Absichtsdelikt darstellt, bedarf einer Einschränkung. Wer einen Andern absichtlich zu einer Handlung A. anstiftet und dabei das Bewußtsein hat, daß derselbe sicher oder höchst wahrscheinlich dabei auch die Handlund B. begehen wird, der ist nicht nur wegen Anstiftung zur Handlung A., sondern auch wegen Anstiftung zur Handlung B. verant-

*) Vgl. auch Silvela, El Derecho penal (Madrid 1879) II. p. 287: No es . . . . autor por induccion el que, depravando el animo de otro, apartandole del camino del Derecho por malos ejemplos o malos consejos, le prepara a acciones criminales . . . .

wortlich; denn alle Gründe, welche oben dafür sprachen, daß das bloße Bewußtsein nicht genügen soll, sprechen nur dafür, daß ein Verhalten, eine Erklärung, ein Gespräch nicht des bloßen Bewußtseins halber als deliktuos angesehen werden können. Werden aber derartige Gespräche absichtlich als Erregungsmittel deliktuoser Handlungen verwendet, dann muß es ein Jeder als selbstverständlich betrachten, daß er nicht Herr des deliktuosen Mittels ist, welches er erregt hat, und daß er verantwortlich ist für alle schädigenden Akte des Thäters, welche er als sicher oder als höchst wahrscheinlich vorausgesehen hat. Ueber diesen Punkt ist in der Lehre von der Anstiftung weiter zu handeln.

Das Entwickelte ist für unsere Gesellschaftsordnung gesagt. Unter anderen Verhältnissen kann der Bogen der Verantwortung mehr oder weniger weit gespannt werden.

Es gibt Gesetzgebungen, welche selbst bei unfreiwilliger Anstiftung eine Verantwortung nach dem Maßstabe der culpa, statuiren; so das Argentinische Strafgesetzbuch Art. 33: El que por sus discursos o acciones hubiese determinado involuntariamente a otro a tomar una resolucion criminal, sera castigado con arreglo a las disposiciones sobre la culpa.

IV.

Causalismus und Urheberschaft.

§ 1.

Der Unterschied zwischen der causa als der Ursache und der bloßen Bedingung ist ein berechtigter und namentlich für das Strafrecht fruchtbarer.

Die causa, im Gegensatz zur bloßen Bedingung, ist das die Existenz erregende und darum für Art und Intensität wesentlich bestimmende Element.*) Wenn ich einen Samen säe und daraus Frucht entstehen soll, so muß noch verschiedenes hinzukommen, es muß Feuchtigkeit hinzutreten, wie Wärme; trotzdem ist das Säen die alleinige Ursache und das andere ist lediglich conditio, Werdensbedingung.

*) Die reiche Literatur über die Frage bedarf keiner Allegirung; vgl. die zahlreichen Citate bei Birkmeyer, Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang S. 26 ff., 28 ff., 30 ff.

Diese Bedingung kann allerdings dafür entscheiden, ob eine Pflanze hervorkommt oder nicht, aber was hervorkeimt, wird lediglich und allein durch den Samen bestimmt; der Samen entscheidet, ob eine Blume hervorkommt oder eine Palme oder ein Tannenbaum. So läßt sich allüberall in der Natur des Werdens ein besonders bestimmendes Element erkennen, dessen Bedeutung darin zu Tage tritt, daß seine Qualität entscheidend ist für die Qualität des Werdenden. Dieses bestimmende ist die Ursache: ihre Bedeutung gegenüber der Bedingung besteht nicht in der Unentbehrlichkeit, denn unentbehrlich ist ja auch die Bedingung; sie besteht auch nicht in dem plus der Wirkungskraft, denn häufig entfaltet das bedingende Element eine intensivere Bewegung als die Ursache: sie besteht darin, daß sie für die Art des Werdens entscheidend ist. Eine solche Hyperbedingung von den übrigen Bedingungen des Werdens zu scheiden ist von der größten Bedeutung, nicht bloß für das Strafrecht, nicht bloß für das Recht; und der Gedanke, daß unter den Bedingungen kein Unterschied gemacht werden dürfe, weil alle unentbehrlich seien, ist den Verhältnissen des Werdens nicht gemäß: er nimmt ein charakteristisches Element hinweg und trägt daher nicht dazu bei, die Probleme des Daseins zu lösen.

Die Lehre von der Ursache und der Bedingung ist keine rein juristische, sie ist zunächst eine philosophische; sie beruht auf unserer Auffassung der Zeitlichkeit verbunden mit der Idee der Causalität, welche, wie die Idee der Zeitlichkeit, eine immanente Idee ist. Innerhalb dieser Causalität gibt es aber verschiedene Arten des Zusammenhangs, und von diesen Arten treten zwei vor allem hervor: die Ursache und die Bedingung. Während die letztere die hegende, fördernde und Widerstand überwindende, ist die erstere die für Art und Wesen bestimmende.

Dieser Unterschied aber hat folgende tiefere Grundlage.

Die in der Natur waltenden Erregungszustände sind für eine ungemessene Reihe von wirkenden Kräften geeignet, sie bilden die gemeinsame Atmosphäre für eine Menge von Entwickelungen: für die einen sind sie indifferent, für die anderen günstig, für die anderen ungünstig, für andere völlig ausschließend. In diese Erregungszustände fällt nun eine treibende Kraft, welche sich mit anderen Kräften verschwistert, bald befördert, bald gehindert wird, bis sie im günstigen Falle zu einem Effekte wirkt. In dem Effekt kann sich die

mehr oder minder günstige Qualität der Erregungszustände äußern, sofern die treibende Kraft mit mehr oder minder Freiheit zum Ausdruck gelangt: das wesentliche Resultat wird aber durch die einschlagende Triebkraft bedingt, und diese Triebkraft ist eben die Ursache. Der Unterschied zwischen Bedingung und Ursache beruht daher auf dem Unterschied zwischen der Triebkraft und zwischen der Atmosphäre, in welcher die Triebkraft zur Geltung kommt; — er beruht darauf, daß unser Geschehen nicht das Resultat einer unbestimmten Menge, ich möchte sagen, demokratisch gleicher Einzelelemente ist, daß vielmehr stets eine bildende Kraft eintritt, welcher die vorhandenen Erregungszustände gegenübertreten. Nicht von einem Gleichgewicht und der Störung dieses Gleichgewichtes handelt es sich, sondern um Erregungszustände und um bildende Kräfte innerhalb derselben; die Mißkennung dieser Sache würde dazu führen, daß man jeden Konnex zwischen der Art der Ursache und dem Resultate läugnen müßte, sofern eben das Resultat auf einen jeden der verschiedenartigsten Erregungszustände zurückgeführt werden könnte, welche der verschiedensten Art und Bedeutung sind. Daß aber ein solcher Konnex herrscht, beweist unsere tägliche Beobachtung.

§ 2.

In dem Bestreben, zwischen den verschiedenen Faktoren einen Unterschied zu machen und die Ursache von den Bedingungen zu trennen, hat man die Schuldfrage herangezogen und den Unterschied lediglich in das Verhältniß zwischen dem persönlichen Wollen und dem realen Resultate gesetzt. Dies ist irrig.

Die Causalfrage ist unabhängig von der Schuldfrage; mit dem Satze, daß der Causalzusammenhang bis zu einem bestimmten Punkte reicht, ist nicht gesagt, daß derjenige, welcher den Causalismus erregt hat, nothwendig auch bis zu diesem Punkt verantwortlich ist; denn es ist immer noch die Frage, ob Bewußtsein, ob Absicht, ob Pflicht des Wissensollens soweit reicht. Wenn A. den B. verwundet hat, und B. verbindet die Wunde nicht, so ist die Verblutung Folge der Verwundung; es ist aber damit nicht gesagt, daß der Thäter nothwendig für die Verblutung verantwortlich ist; er kann unter Umständen verantwortlich sein, sofern er voraussieht oder voraussehen muß, daß Niemand da ist, welcher die Wunde verbindet, — unter Umständen,

aber auch nur unter solchen Umständen. Der Causalismus reicht soweit, bis eine neue causa die ursprüngliche ablöst und sie verdrängt; wieweit dagegen Bewußtsein oder culpa reiche, ist eine andere Frage. Beide Gebiete können sich allerdings decken und werden sich oft decken, sofern nämlich der gewöhnliche Causalismus sich in bekannten Zügen abspielt und daher oftmals ziemlich genau vorhergesehen werden kann. Aber auch für die That des Unzurechnungsfähigen, für die That des Unerfahrenen läuft der Causalismus, und hier ist der Schuldzusammenhang nicht vorhanden oder wesentlich beschränkt.

Der Irrthum, als ob die Causalfrage mit der Schuldfrage zusammenhänge,*) stammt nun aber vornehmlich aus Folgendem: Der Mensch, welcher denkend in die Natur greift, kann nicht bloß eine Kraft erregen: er kann auch eine bereits existente Kraft für seine Zwecke bestimmen, indem er beliebig um diese Kraft die Bedingungen lagert, unter welchen sie sich produziren kann. Ich kann nicht bloß Jemanden tödten, indem ich das Gewehr abschieße, ich kann es auch dadurch thun, daß ich Jemanden veranlasse, in die Schußlinie zu treten, wo, wie ich weiß, in dem gleichen Momente geschossen wird. Ich kann Jemanden tödten, nicht nur indem ich die Eisenbahnbrücke zerstöre, über welche sein Zug fahren wird, sondern auch indem ich ihn veranlasse, eine Strecke zu befahren, von der ich weiß, daß heimlich die Brücke zerstört ist. Ich kann Jemanden dadurch tödten, daß ich ihn in die Nähe eines wilden Thieres lege oder zu einem wilden Thiere in den Käfig sperre: hier ist die Todesursache der Biß des wilden Thieres, ich aber bin verantwortlich, weil ich diesen Biß für meine Zwecke benützt habe. So bin ich verantwortlich, wenn ich Jemanden veranlasse, einen Weg zu gehen, wo, wie ich weiß, ihm ein Sprenggeschoß auflauert; oder wenn ich Jemanden veranlasse, von einer Schüssel zu essen, die vergiftet ist; oder wenn ich einem Tobsüchtigen ein Messer gebe, mit welchem er sich ersticht; wenn ich einen Bewußtlosen auf die Straße lege, auf welcher er überfahren wird; und bringe ich Jemanden dazu, daß er dem Einflusse bestimmter

*) Man vergl. hierzu insbesondere v. Bar, Lehre vom Causalzusammenhange S. 4 ff. Hiergegen v. Buri, Causalität S. 2 ff., Birkmeyer S. 4 ff. Vgl. auch Wharton § 751.

täuschender Elemente preisgegeben ist, so habe ich ihn zwar nicht getäuscht, aber ich habe die Bedingung geschaffen, unter welcher die täuschenden Elemente wirken konnten. Hierher gehört insbesondere das, was man beim Betrug nennt: Unterdrückung wahrer Thatsachen; nämlich: im gewöhnlichen Leben laufen irreführende und berichtigende Eindrücke nebeneinander, hier kann der kritische Geist das Richtige finden; wer aber die berichtigenden Elemente hinwegschafft, so daß die irreführenden allein die Herrschaft haben, der bewirkt zwar die täuschenden Elemente nicht, aber er benützt sie, indem er die Bedingung schafft, unter welcher sie rein (d. h. ungetrübt durch die corrigirenden Momente) wirken können.

Ausdrücklich sagt auch der Code Livingstone Art. 61: Laying poison where the person whom it is intended to murder may take it himself; . . . . . setting a spring — gun, so that the party may fire it himself; are examples of the secondary means intended by the last preceding article.*)

§ 3.

Wohl zu unterscheiden ist daher zwischen dem physischen Causalzusammenhang und der rationalen Urheberschaft.**) Die Urheberschaft beruht nicht etwa auf physischen, sie beruht auf rationalen Elementen; indem der Mensch einwirkt, wirkt er nicht wie eine Naturkraft, sondern er wirkt unter Benützung der vorhandenen Naturkräfte, indem er ein dem Organismus derselben entsprechendes weiteres Agens hineinlegt. Darum ist zwischen der rationalen Urheberschaft und der physischen Kausalität wohl zu scheiden, sofern nämlich bei der Frage, wem eine causa zuzuschreiben ist, nicht, wie bei dem natürlichen Zusammenhange, lediglich der die causa erregende Faktor in Betracht kommt, sondern auch der Mensch, welcher durch Combination des physischen Geschehens der causa eine bestimmte Richtung gibt, also der Mensch, welcher der causa eine Beziehung setzt, die ihr nach ihrer natürlichen Stellung inmitten der Bedingungen nicht zu-

*) Complete Works of E. Livingstone (New-York 1873) II. p. 26.

**) Es ist sehr schwer, für die Bezeichnung der rationalen Urheberschaft (im Gegensatz zur Causalität) einen adjektivischen Ausdruck zu finden; weßhalb es verzeihlich ist, wenn ich im Folgenden zur Bezeichnung dieses Verhältnisses auch den Ausdruck causal gebrauche.

kommen würde. Mit a. W., der Menſch vermag die causa in einen anderen Kreis mitwirkender Bedingungen zu ſetzen und dadurch ihrer Wirkſamkeit eine neue Spitze zu geben. Vom natürlichen Standpunkte aus könnte man hier den Menſchen nicht als die causa betrachten, ſondern nur als eine der mitwirkenden Bedingungen, — ſofern nämlich ein Element, welches die Bedingungen verſchiebt, ſelbſt nur als Bedingung zu betrachten iſt. Nach der Anſchauung aber, welche das rationale Thun des Menſchen in Betracht zieht, muß der Menſch als rationaler Urheber betrachtet werden, weil er durch tendenziöſe Lagerung der Bedingungen der causa eine vorausbeſtimmte Beziehung gegeben und daher die causa ſich dienſtbar gemacht hat.

Der dominus causae iſt gleich causa causae: ohne dieſe Gleichung iſt ein Verſtändniß der Urheberſchaft nicht möglich; in der Verkennung dieſer Gleichung liegt eine der Hauptquellen der Irrthümer der Cauſaltheorieen, ſofern man überall, wo von Urheberſchaft die Rede iſt, eine causa unterſtellte und auf dieſe Weiſe nicht zum vollen Verſtändniß des Cauſalzuſammenhangs gelangte.

So ſagt der Code Livingſtone Art. 483*) mit Recht, daß eine Tödtung vorliegt, wenn Jemand einem blinden Manne oder einem Fremden im Dunkel den Weg in der Art weiſt, daß er in den Abgrund ſtürzen muß; die causa des Todes iſt hier der falſche Schritt, welcher in den Abgrund führt: der Thäter aber hat die Bedingung geſetzt, daß der Wanderer in ahnungsloſem Gange an den Abgrund gelangte, und daß auf dieſe Weiſe der verhängnißvolle Schritt und damit die mächtige Anziehung der Schwerkraft eintrat, welche den Tod verurſachte.

Dasſelbe gilt auch dann, wenn ich Jemanden zum Abgrund jage, und derſelbe aus Schrecken herunterſpringt: ich habe durch die erregte Furcht den Schritt veranlaßt, welcher die causa des Todes wurde.**) Ebenſo wenn ein Seemann einen erkrankten Matroſen auf den Maſt treibt, und derſelbe ſich aus Schwäche nicht mehr halten kann und herunterſtürzt.***)

---

*) Works II. p. 126.

**) Vgl. auch Wharton II. § 941 p. 15.

***) Wharton II. § 962 p. 28.

§ 4.

Will man aber von einem solchen rationellen Urheber sprechen, so ist es nöthig, daß Jemand entweder wissentlich die erregte causa für seine Zwecke benutzt, oder daß er dies zwar wider Wissen thut, aber es wissen sollte, — daß er also durch den Mangel der Vorsicht die erregte causa in sein Bereich zieht, daß er sie in sein Bereich zieht nicht kraft des Ungefährs, sondern kraft einer verfehlten Anwendung des menschlichen Intellekts. *)

Auf diese Weise kommt nun allerdings die Schuldlehre in das Gebiet der Urheberschaft hinein, — aber in das Gebiet der Urheberschaft, nicht in das Gebiet der Causalität. Der Mensch kann Urheber werden nicht nur durch Erregung der causa, sondern auch durch ein Benützen, ein Verwenden der erregten causa — und ein solches Verwenden liegt dann vor, wenn er bewußt oder doch schuldhaft die Bedingungen setzt, unter welchen die erregte causa das betreffende Opfer trifft. Wer von Ungefähr die Bedingung setzt, unter welcher die causa zur Wirkung kommt, der hat nicht mehr mit dem Causalzusammenhange zu thun, als die Naturkraft, welche, zur causa hinzutretend, ihre Wirkung begünstigt. Wer, ohne das Sprenggeschoß zu kennen, Jemanden den Weg weist, wer, ohne von dem Aufreißen der Schienen zu wissen, Jemanden zur Eisenbahnfahrt veranlaßt, der steht zu dem Tode des Menschen ebensowenig in causaler Beziehung, als die Zeitungsnotiz, auf Grund welcher der Passagier die Reise unternimmt, oder die Blume, welche Jemanden veranlaßt, vom direkten Wege abzugehen. Nur die Schuld ist es, welche Jemanden als dominus causae durch das Medium der Bedingung mit dem Erfolg verknüpft. Unter der Voraussetzung der Schuld aber kann Jemand, welcher die Ursache nicht erregt hat, dominus causae werden; und dominus causae = causa causae.

Daher sagen wir: Urheber ist Derjenige, welcher entweder causa causae ist, oder welcher dominus causae wird durch schuldhafte Setzung von Bedingungen, unter welchen eine causa wirken kann.

*) So ist der Fall zu entscheiden, wenn etwa Jemand einen Stier mit schwachen Stricken bindet, der Stier ausbricht und Jemanden verletzt. Die causa der Verletzung ist der Stier; derjenige aber, welcher ihn richtig hätte binden sollen, ist dominus causae, weil er schuldhaft die Hindernisse der causa entfernt hat. Man vgl. aber auch neuestes Merkel, Lehrb. d. d. Strafrechts S. 105.

Darnach ist es zu beurtheilen, ob das Dazwischentreten einer anderen Person die Urheberschaft ausschließt; z. B.: A. greift einen Wagen an, der Insasse springt heraus und bricht den Hals; ein Aufzug manöverirt nicht recht: der Insitzer springt heraus und stürzt in den Abgrund.*) Hier hängt die Urheberschaft davon ab, inwiefern die von dem Thäter schuldhaft gesetzte Bedingung zugleich als schuldhaft betrachtet werden muß in Bezug auf die Motiverregung zu der Handlung des Verunglückten, welche seinen Tod herbeigeführt hat. Dies ist hier unbedingt zu bejahen, sofern ein derartiges Hinausspringen die natürliche Folge ist, mithin von Demjenigen, welcher solche Dinge verschuldet, mit vorausgesehen werden konnte.

Wie man sieht, kommt hier die Regel des Lebens, die regelmäßige Folge u. s. w. in Betracht, aber nicht deßwegen, weil dieselbe entscheidend wäre für den Causalzusammenhang, sondern weil sie entscheidend ist für den Schuldzusammenhang, und weil der Schuldzusammenhang maßgebend ist, wenn Jemandem außerhalb des Causalzusammenhanges die Urheberschaft auferlegt werden soll.**)

Dieses gilt insbesondere, soweit der Erfolg nur durch das deliktuose Hineinhandeln eines Andern und zwar durch das absichtlich deliktuose Hineinhandeln eines Andern vermittelt wurde. Man darf zwar nicht soweit gehen, die Haftung für culpa stets auszuschließen, sofern ein doloses Handeln dazwischen tritt: wenn der Wärter eines Knaben weiß, daß häufig Knaben von Lustmördern getödtet werden, so muß er haften, wenn er keine Veranstaltungen zur Sicherung getroffen hat, — ebenso wie er haften muß, wenn er die Maßregeln gegen Schlangenbiß oder gegen den Ueberfall wilder Thiere vernachlässigt hätte. Nichtsdestoweniger wird hier die Schranke sein, wo oftmals, ja meistens die culpa aufhört einzuwirken, und wo daher mit der Haftung für die culpa auch die Urheberschaft aufhört. Insbesondere wird man regelmäßig eine Urheberschaft nicht annehmen, wenn ein Dieb eindringt und aus dem schuldhaft stehen gebliebenen Mäusegift nascht und sich vergiftet; noch

*) So auch wenn Jemand einen Anderen verfolgt und dieser ins Wasser springt und ertrinkt; vgl. Wharton, § 751 (I. p. 701) und § 964a (II. p. 33); anders, wenn er mit Recht verfolgt wird, weil dann überhaupt keine schuldhafte Handlung vorliegt.

**) Das ist das Richtige an v. Bars Ausführungen.

weniger, wenn ein Dieb ein Pferd stiehlt, welchem der Knecht die Unarten nicht abgewöhnt hat, und wenn das Pferd den Dieb abwirft und er den Hals bricht.*)

Dies ist auch da wichtig, wo sonst die Haftung für die Deliktsfolgen über das Maß der culpa hinausgeht, so im Falle des § 224, so im Falle des § 307 Z 1. In diesen Fällen haftet der Urheber des Deliktes für alle Folgen, deren causa er gesetzt hat; aber für die Folgen der Bedingungen, welche er gesetzt hat, haftet er nur, sofern er als dominus causae zu betrachten ist, d. h. sofern ihn Vorsatz oder culpa trifft. Wenn in Folge eines Brandes ein Inwohner solche Brandwunden bekommt, daß er daran stirbt, so ist der Brandstifter in verschärfter Weise zu bestrafen; er ist es auch, wenn der Tod des Verwundeten nur in Folge seiner außerordentlich erregbaren Konstitution eingetreten ist; — er wäre es aber nicht, wenn der Verletzte mit seinen Brandwunden in falsche Behandlung käme und daran stürbe, es müßte denn sein, daß der Brand wissentlich an solchem Orte angelegt wäre, wo eine ordentliche Behandlungsweise nicht zu erwarten steht, also etwa unter Wilden, welche absolut schädliche Mittel anwenden: wer unter solchen Umständen den Brand erregt, der ist der Urheber nicht nur des Brandes, sondern auch des Todes der durch den Brand verwundeten Person, auch wenn der Tod selbst auf eine andere causa zu reduziren ist; er ist es: denn wer unter solchen Umständen einen Brand erregt, der hat für den Brand, also für das Setzen der Bedingung des Todes, und für die durch solche Bedingung ermöglichte causa zu haften, weil er den Eintritt der causa kannte oder hätte kennen sollen, so daß also die Setzung der Bedingung zugleich die Benützung der causa war: dominus causae = causa causae.

Insofern kommt es immerhin, auch in Fällen, wo das Gesetz keinen Schuldzusammenhang verlangt, auf Schuld oder Schuldlosigkeit an, sofern das über den Causalzusammenhang hinaus reichende Dominat über die causa, und dementsprechend die rationelle Urheberschaft auf der Voraussetzung eines Schuldzusammenhanges beruht.

Liegt gar kein Verschulden vor, so ist von einer Urheberschaft außerhalb des Causalzusammenhanges keine Rede. Wer eine Maschine unter den entsprechenden Vorsichtsmaßregeln aufstellt, der ist nicht

*) Vgl. auch Wharton, § 751 (I. p. 699).

Urheber, wenn ein Dritter sich der Maschine unbefugt nähert und von ihr erfaßt wird; wer eine Pistole verkauft, ist nicht Urheber für den mit ihr vollbrachten Mord. Anders kann es sein, wenn Jemand unbefugt Dynamit verkauft, wenn Jemand gegen alle Vorsicht Gifte abgibt u. s. w.

Aus dem Gesagten ergibt es sich auch, daß die Urheberschaft mehr oder minder weit ausgedehnt werden kann, jenachdem man die Schuldhaftung mehr oder minder ausdehnt; daß daher die Grenzen der Urheberschaft fließende sind, und daß dieselben bezüglich des Civilrechts viel weiter gezogen werden können, als bezüglich des Kriminalrechts, daß daher in dieser Beziehung überhaupt keine Nothwendigkeit besteht, daß beide Rechtslehren pari passu gehen.

Es ergibt sich auch hieraus, daß die Urheberschaftsfrage nur nach der Anschauung der Kulturperiode entschieden werden kann. Setzt eine Kulturperiode weite Grenzen für die culpa oder verdunstet sie die Elemente der culpa bis zum Nullpunkt, so nimmt auch die rationale Urheberschaft einen fast unbeschränkten Umfang an, sodaß irgend welche Betheiligung an den Bedingungen eines deliktuosen Erfolges als Urheberschaft zugerechnet wird. Man vergleiche in dieser Beziehung, was ich anderwärts über das chinesische*) und über das islamitische Recht**) entwickelt habe Auch hier können wir die historische Relativität der Rechtsprinzipien bestätigen.

V.

Mitthäterschaft und Beihülfe.

§ 1.

Aus der obigen Behandlung der Kausalität ergibt sich von selbst die Charakteristik des Mitthäters. Ein jeder Mitthäter haftet für das Ganze, auch wenn er faktisch nur einen Theil der Naturkraft entladet, auch wenn er nur die Bedingung setzt, unter welcher die maßgebende Naturkraft wirken kann: denn damit, daß er den Theil setzt oder auch nur den begleitenden Theil setzt, benützt er zugleich die Naturkraft, welche die Theilnehmer erregen; er benützt sie, weil er auf die That der übrigen rechnet und zu rechnen veranlaßt ist, —

*) Chinesisches Strafrecht S. 22 ff.

**) Zur Lehre von der Blutrache S. 23.

ebenso wie wenn er zu erwarten hätte, daß auf anderem Wege eine Naturkraft sich entfalten würde: wie Jemand verantwortlich ist, wenn er einen Anderen zu dem Abgrund lockt, in welchen er in der Dunkelheit hinabstürzt, so wird er verantwortlich, wenn er Jemanden an den Abgrund lockt, bei welchem zwei Feinde verborgen sind, welche ihn hinunterwerfen. Wer den Löwenkäfig öffnet, während der Löwe schläft, ist für den Löwenbiß verantwortlich, wenn der Löwe erwacht, ausbricht und auf Menschen losfährt; ebenso ist aber auch der kausirend, welcher auch nur das Opfer hält, damit der Andere dasselbe schlagen kann — ein solcher wäre zweifellos kausirend, wenn er das Opfer hielte, damit ein Wahnsinniger auf dasselbe losschlägt.*) Er ist kausirend, denn dominus causa = causa causae.

Daraus gibt sich von selbst, daß, wer immer bei der That selbst mitwirkt, auch wenn er nur die Bedingung setzt, unter welcher die Kausalkraft einwirken kann, stets strenggenommen Thäter bezw. Mitthäter, und nicht bloßer Gehülfe ist.**)

Es ist daher die Lehre unrichtig, welche das wesentliche Kriterium der Mitthäterschaft darin erblickt, daß der Mitthäter gerade an der Kausalthätigkeit mitgewirkt hat — möglicherweise ist keiner der Thäter causans causam, sonder ein jeder nur dominus causae; noch weniger kann die Lehre bestehen, wonach die im Reichsstrafgesetzbuche bei den einzelnen Gesetzartikeln angegebenen s. g. Thatbestände entscheidend sein sollen, so daß Mitthäter derjenige ist, welcher eine der dortselbst angegebenen Thatbestandshandlungen begeht. Es gibt gar keine abstrakten Thatbestandshandlungen in diesem Sinne; es gibt nur solche Handlungen, welche zu dem gesetzlich verpönten Erfolge in kausalem Verhältnisse stehen, sodaß sie entweder den im Gesetze verpönten Erfolg kausiren oder durch Setzung von Bedingungen einer bestehenden Kraft zu dem Erfolge verhelfen.

Wenn das Gesetzbuch von Tödtung eines Menschen spricht, so

*) So auch, wenn z. B. 6 vereinbarter Weise hintereinander auf Jemand losschlagen und ihn tödten, so daß der Tod durch das Zusammenwirken der mehreren Wunden entsteht, während keine einzige an sich tödlich gewesen wäre.

**) Vgl. auch v. Buri, Kausalität S. 102 ff., und in der Z. f. ges. Strafrechtsw. II. S. 279 ff. Die theilweise sehr treffende Kritik Birkmeyers gegen Buri (Mecklenburger Zeitschr. VIII. S. 51 ff.) geht insofern von einem unrichtigen Ausgangspunkte aus.

ist unter Tödtung eine jede in der genannten Weise kausa
keit verstanden. Dieselbe kann sehr indirekt sein, sie kann
Minimum reduziren; es kann der Tödtung verantwortlic
einem Wahnsinnigen die Richte gibt, um gegen einen Dritten
oder wer einen Dritten in die Schußlinie führt, oder wer J
einen Ort lockt, an welchem ein Selbstgeschoß liegt; oder we
festhält, während er von einem Wahnsinnigen oder einem
gefallen wird, sodaß er sich nicht vertheidigen kann und i
wird; wer Jemanden, der in der Schußlinie steht, hindert,
linie im maßgebenden Moment zu verlassen; wer Jeman
ment, wo er Gift genommen hat, hindert, ein Gegengift
oder wer einem Verwundeten das Verbandzeug wegnimm
sich verblutet.

Ebenso verhält es sich mit anderen Delikten. Die
zwar physisch mit einer anderen Frau keine Nothzucht begeh
kann dadurch Thäterin werden, daß sie einen Wahnsinnige
welcher eine Frau vergewaltigen will; der Dieb kann i
Sache wegnehmen, daß er seinen Hund unterstützt, welche
erfaßt hat; der Brandstifter kann eine Brandstiftung beg
er den Eigenthümer hindert, einen fallen gelassenen feu
aufzuheben, sodaß sich das Haus entzündet, oder indem er
thümer sonst verhindert, das zufällig erregte Feuer zu lös
aber dem so, so kann von einer abstrakten Unterscheidung
bestands- und Nichtthatbestandshandlungen keine Rede sein
vielfach,. namentlich auch in der Preuß. Praxis gemachte V
diesem Kriterium Mitthäter und Gehülfe zu scheiden, ist

Es wäre daher auch völlig unrichtig, ein paar T
welche das Geschäft so unter sich vertheilt haben, daß imm
das betreffende Opfer anspricht oder sonst seine Aufmerk
lenkt, während der andere, die Gelegenheit erfassend, in
greift und stiehlt, — so zu behandeln, daß der eine als
andere als Gehülfe bestraft wird.***) Allerdings nimmt n

*) Vgl oben bezüglich des Unterlassungsdelikts S. 63 ff.

**) Gegen diesen Unterschied Württemb. Kass.-Hof 15/4. 1874
N. F. IV. S. 49. Für denselben Bayer. Kass.-Hof 23/4. 18 5 ib.

***) Richtig Sächs. O.A.G. 18/10. 1874 Stenglein, N. F V.
auch Urtheil des Oberlandesgerichts München 27/11. 1885 Sammlung
desselben III. (1886) S. 546.

die Sache weg, der andere setzt aber die Bedingung, unter welcher die Sache weggenommen werden kann; — es ist, wie wenn der A den Eigenthümer von der Sache ablenken würde, damit ein Kind oder ein Hund die Sache fortnehmen kann.

Jene Annahme führt zu folgendem Formalismus. Wenn das Gesetz eine besondere Hülfsthätigkeit als Qualifikation des Diebstahls hinstellt, so wäre Derjenige, welcher diese Unterstützungsthätigkeit vollzöge, Mitthäter; so also, wenn es sich um einen Diebstahl mittelst Einbrechens oder Erbrechens von Behältnissen handelt. Wenn dagegen das Gesetz eine bestimmte Hülfsthätigkeit nicht als Qualifikation bezeichnet, so ist Derjenige, welcher die Hülfsthätigkeit vollzieht, nur Gehülfe des einfachen Diebstahls, nicht Mitthäter; er ist nur Gehülfe, weil seine Thätigkeit keine besondere Erwähnung im Gesetze gefunden hat. Nun beruht aber die besondere Erwähnung der einen Hülfsthätigkeit im Gesetze nur darauf, daß in solchem Falle das Gesetz zu einer qualitativ schärferen Strafbehandlung aufsteigt, während für den Fall einer anderen, wenn auch sehr gravirenden, Hülfsthätigkeit das Gesetz das normale Strafmaß für ausreichend erklärt. Folglich wäre der durch die formale Nothwendigkeit der Gesetzesfassung herbeigeführte Umstand, daß in dem einen Falle eine bestimmte Hülfsthätigkeit im Gesetze besonders hervorgehoben wird, während sie sonst nicht speziell erwähnt, sondern in das Gebiet der allgemeinen Strafausmessungsgründe gelegt wird — dieser rein formale Umstand wäre für Mitthäterschaft und Beihülfe unterscheidend. Darnach wäre es Beihülfe, wenn bei dem Diebstahl der eine der Spießgesellen durch Hinterlist den Eigenthümer bei Seite hielte; dagegen wäre es Mitthäterschaft am Raub, wenn solches durch Gewalt geschähe. Es wäre Mitthäterschaft, wenn Jemand eine Frauensperson mit Gewalt festhielte, damit ein Anderer an ihr unzüchtige Handlungen vornimmt; dagegen wäre es nur Beihülfe, wenn Jemand jugendliche Personen durch Geschenke festhielte, damit ein Anderer an Ihnen unzüchtige Handlungen vornehmen könnte. Wie man sieht, würde hier der durch die Nothwendigkeit der Sprachfassung herbeigeführte lediglich formale Umstand, ob eine Hülfsthätigkeit im Gesetze ausdrücklich erwähnt ist oder nicht, für die strafrechtliche Qualifikation der mitwirkenden Persönlichkeit entscheidend sein.

Dies würde dazu führen, daß beispielsweise selbst dann Jemand

ist unter Tödtung eine jede in der genannten Weise kausative Thätigkeit verstanden. Dieselbe kann sehr indirekt sein, sie kann sich auf ein Minimum reduziren; es kann der Tödtung verantwortlich sein, wer einem Wahnsinnigen die Richte gibt, um gegen einen Dritten vorzugehen, oder wer einen Dritten in die Schußlinie führt, oder wer Jemanden an einen Ort lockt, an welchem ein Selbstgeschoß liegt; oder wer Jemanden festhält, während er von einem Wahnsinnigen oder einem Thiere angefallen wird, sodaß er sich nicht vertheidigen kann und dessen Beute wird; wer Jemanden, der in der Schußlinie steht, hindert, die Schußlinie im maßgebenden Moment zu verlassen; wer Jemanden im Moment, wo er Gift genommen hat, hindert, ein Gegengift zu nehmen; oder wer einem Verwundeten das Verbandzeug wegnimmt, sodaß er sich verblutet.

Ebenso verhält es sich mit anderen Delikten. Die Frau kann zwar physisch mit einer anderen Frau keine Nothzucht begehen, aber sie kann dadurch Thäterin werden, daß sie einen Wahnsinnigen unterstützt, welcher eine Frau vergewaltigen will; der Dieb kann dadurch eine Sache wegnehmen, daß er seinen Hund unterstützt, welcher die Sache erfaßt hat; der Brandstifter kann eine Brandstiftung begehen, indem er den Eigenthümer hindert, einen fallen gelassenen feurigen Span aufzuheben, sodaß sich das Haus entzündet, oder indem er den Eigenthümer sonst verhindert, das zufällig erregte Feuer zu löschen.*) Ist aber dem so, so kann von einer abstrakten Unterscheidung von Thatbestands- und Nichtthatbestandshandlungen keine Rede sein, und der vielfach,. namentlich auch in der Preuß. Praxis gemachte Versuch, nach diesem Kriterium Mitthäter und Gehülfe zu scheiden, ist verfehlt.**)

Es wäre daher auch völlig unrichtig, ein paar Taschendiebe, welche das Geschäft so unter sich vertheilt haben, daß immer der eine das betreffende Opfer anspricht oder sonst seine Aufmerksamkeit ablenkt, während der andere, die Gelegenheit erfassend, in die Tasche greift und stiehlt, — so zu behandeln, daß der eine als Thäter, der andere als Gehülfe bestraft wird.***) Allerdings nimmt nur der eine

*) Vgl oben bezüglich des Unterlassungsdelikts S. 63 ff.

**) Gegen diesen Unterschied Württemb. Kass.-Hof 15/4. 1874 Stenglein, N. F. IV. S. 49. Für denselben Bayer. Kass.-Hof 23/4. 18 5 ib. V. S. 13.

***) Richtig Sächs. O.A.G. 18/10. 1874 Stenglein, N. F V. S. 11; vgl. auch Urtheil des Oberlandesgerichts München 27/11. 1885 Sammlung der Entsch. desselben III. (1886) S. 546.

die Sache weg, der andere setzt aber die Bedingung, unter welcher die Sache weggenommen werden kann; — es ist, wie wenn der A den Eigenthümer von der Sache ablenken würde, damit ein Kind oder ein Hund die Sache fortnehmen kann.

Jene Annahme führt zu folgendem Formalismus. Wenn das Gesetz eine besondere Hülfsthätigkeit als Qualifikation des Diebstahls hinstellt, so wäre Derjenige, welcher diese Unterstützungsthätigkeit vollzöge, Mitthäter; so also, wenn es sich um einen Diebstahl mittelst Einbrechens oder Erbrechens von Behältnissen handelt. Wenn dagegen das Gesetz eine bestimmte Hülfsthätigkeit nicht als Qualifikation bezeichnet, so ist Derjenige, welcher die Hülfsthätigkeit vollzieht, nur Gehülfe des einfachen Diebstahls, nicht Mitthäter; er ist nur Gehülfe, weil seine Thätigkeit keine besondere Erwähnung im Gesetze gefunden hat. Nun beruht aber die besondere Erwähnung der einen Hülfsthätigkeit im Gesetze nur darauf, daß in solchem Falle das Gesetz zu einer qualitativ schärferen Strafbehandlung aufsteigt, während für den Fall einer anderen, wenn auch sehr gravirenden, Hülfsthätigkeit das Gesetz das normale Strafmaß für ausreichend erklärt. Folglich wäre der durch die formale Nothwendigkeit der Gesetzesfassung herbeigeführte Umstand, daß in dem einen Falle eine bestimmte Hülfsthätigkeit im Gesetze besonders hervorgehoben wird, während sie sonst nicht speziell erwähnt, sondern in das Gebiet der allgemeinen Strafausmessungsgründe gelegt wird — dieser rein formale Umstand wäre für Mitthäterschaft und Beihülfe unterscheidend. Darnach wäre es Beihülfe, wenn bei dem Diebstahl der eine der Spießgesellen durch Hinterlist den Eigenthümer bei Seite hielte; dagegen wäre es Mitthäterschaft am Raub, wenn solches durch Gewalt geschähe. Es wäre Mitthäterschaft, wenn Jemand eine Frauensperson mit Gewalt festhielte, damit ein Anderer an ihr unzüchtige Handlungen vornimmt; dagegen wäre es nur Beihülfe, wenn Jemand jugendliche Personen durch Geschenke festhielte, damit ein Anderer an Ihnen unzüchtige Handlungen vornehmen könnte. Wie man sieht, würde hier der durch die Nothwendigkeit der Sprachfassung herbeigeführte lediglich formale Umstand, ob eine Hülfsthätigkeit im Gesetze ausdrücklich erwähnt ist oder nicht, für die strafrechtliche Qualifikation der mitwirkenden Persönlichkeit entscheidend sein.

Dies würde dazu führen, daß beispielsweise selbst dann Jemand

zum Mitthäter würde, wenn eine besondere Weise der Begehung des Deliktes nicht zur Straferhöhung, sondern zur Strafmilderung führt, und Jemand gerade die Thätigkeit begehen würde, welche das Gesetz besonders bezeichnet, um dadurch den Milderungsgrund zu charakterisiren.

Nicht selten würde solches auf Zufälligkeiten hinauslaufen. In § 267 ist die Rede von Demjenigen, welcher eine Urkunde verfälscht und von derselben Gebrauch macht; daraus wäre zu schließen, daß, wer die Urkunde fälscht, Mitthäter und nicht bloßer Gehülfe ist. Anders wäre es, wenn die Fassung lautete: wer von einer Urkunde, die er gefälscht hat, Gebrauch macht; denn nunmehr würde das Fälschen selbst außerhalb des gesetzlichen Thatbestandes gerückt sein.

Es ist aber nichts sicherer, als daß so grundlegende Unterschiede nicht von formalen, redaktionellen Wortunterschieden abhängen können.

Mit Recht sagt daher auch Boissonade, daß, wer Jemanden hält, damit ihn ein Anderer schlage, ebenso co-auteur sei, wie wenn Jemand die Thüre erbricht, damit ein Anderer stehlen kann*).

§ 2.

Aber führt das nicht zu völliger Zersetzung des Beihülfebegriffs? Wie es scheint, ja; aber der Beihülfebegriff ist überhaupt kein strenger Grenzbegriff, so daß er qualitativ von dem Thäterbegriff zu scheiden wäre. Man hat sich außerordentlich gequält, strenge Grenzlinien zu ziehen, welche bald nach der subjektiven, bald nach der objektiven Seite den Begriff einschließen sollten. Bald sagte man: der Gehülfe begeht keine Ausführungshandlungen, der Thäter vollbringt Ausführungsakte; dann suchte man der Sache auf die Weise nahezukommen, daß man sagte: der Gehülfe handelt nicht im eigenen Interesse, oder er unterwirft seinen Willen dem Willen des Thäters u. a. In allen diesen Ausführungen ist viel richtiges, aber sie haben den Grundfehler, daß sie von einer unrichtigen Grundlage ausgehen, nämlich von der Annahme, daß sich überhaupt eine qualitative Scheidung ermöglichen lasse.

In der That aber ist der Begriff kein qualitativer, sondern ein intensiver; der Gehülfe unterscheidet sich von dem Thäter dadurch,

*) Boissonade, Projet révisé de Code Pénal pour l'Empire du Japon (1886) p. 378.

daß er in einer untergeordneten, lediglich adminiculirenden Weise bei dem Delikte thätig ist*). Der Gehülfe ist ein Mitthäter, aber er ist ein untergeordneter Mitthäter: ein untergeordneter Mitthäter, bezüglich dessen entsprechend eine Milderung der Strafe, insbesondere also die Möglichkeit des Heruntergehens unter das gesetzliche Minimum als angezeigt erscheint. Hätten wir überall mildernde Umstände, so bedürfte es des Gehülfenbegriffes nicht: es genügte, wenn ein solches Mindermaß der Betheiligung eben in den mildernden Umständen berücksichtigt würde; da dies aber nicht der Fall ist, so ist es ganz gerechtfertigt, daß die Gesetzgebung solche Umstände, wie die untergeordnete Weise der Betheiligung besonders fixirt, und den Richter ermächtigt, in solchen Fällen unter das Minimum herunterzugehen.

Was daher immer als begriffliche Scheidelinie angenommen worden ist, das ist lediglich ein Symptom oder Motiv, um in solchem Falle eine mindere Intensität in der Betheiligung anzunehmen. So ist es ein solches Symptom, wenn die Thätigkeit des Betheiligten der Ausführung möglichst ferne steht und sich lediglich in der Sphäre jener Akte hält, welche man als Vorbereitungshandlungen bezeichnet. Ein solches Motiv ist es ferner, wenn man das Charakteristikum der Beihülfe darin sucht, daß der Gehülfe das Delikt nur will, wenn es der Thäter will, daß er sich also dem Willen des Thäters unterwirft**); denn es ist allerdings ein geringerer Grad deliktuoser Energie, wenn Jemand von der direkten Aktualität in die Eventualität tritt. So ist es ein solches Motiv, wenn man eine Persönlichkeit lediglich wegen Beihülfe bestraft, sobald sie — neben nur geringer ausführender Thätigkeit — kein hervorstechendes Interesse vertritt. So ist es ein solches Motiv, wenn der Handels- oder Gewerbsgehülfe nur der Beihülfe schuldig ist bei Delikten, welche sich als gewerbliche Delikte charakterisiren, indem hier der dominus des Geschäfts die ausschlaggebende Persönlichkeit ist, — obgleich auch hier wieder die Sache auf den leitenden Gehülfen des Geschäfts als den Thäter zurückfiele, wenn etwa der dominus unzurechnungsfähig wäre

*) Andere Auffassung habe ich Patentrecht S. 535 ff. vertreten; vgl. übrigens auch die dort allegirte Literatur.

**) Ueber die subjektive Auffassung vgl. namentlich Buri in Z. f. ges. Strafrechtsw. II S. 252 ff. Gegen dieselbe Krug, Abhandl. aus dem Strafrecht S. 98 ff.

oder ihm als Prokuristen die Leitung des Geschäftes überlassen hätte. Allüberall sind wir hier in der Sphäre intensiver Beurtheilung, und diese intensive Beurtheilung wird durch alle diese maßgebende Umstände alimentirt.*)

Wie sehr dies der Fall ist, geht auch schon daraus hervor, daß eines der geschilderten Elemente durch ein anderes überboten werden kann. So kann Jemand, welcher bloß eine Vorbereitungshandlung begeht, doch als voller Mitthäter erscheinen, wenn er die geistige Seele des Unternehmens ist und zugleich auf die Psyche der Anderen — nicht anstiftend, aber steigernd — eingewirkt hat. Dies ist eine der wichtigsten Bedeutungen der Komplotttheilnahme. Ein Gewerbegehülfe kann Mitthäter sein, wenn er etwa noch ein besonderes eigenes Interesse vertritt, — man denke sich den Fall, daß er bei einem Nachdruckdelikt von denjenigen, welche die Nachdrücke beziehen und verbreiten, besondere Vergütungen erhält u. a. Und nur ein Ausfluß dieses wichtigen Gedankens war es, wenn man neben den einfachen Gehülfen den Hauptgehülfen statuirte und ihn für strafbarer erklärte bezw. dem Haupttäter gleichstellte. Vgl. besonders Goldammer, Materialien I S. 328, wo auch deutsche Gesetze erwähnt sind.**) Vgl. ferner Ortolan, Eléments de droit pénal (4 Ed.) I nr. 1269. Der Begriff ist entbehrlich, sofern man überhaupt zur Ueberzeugung kommt, daß es sich bei Mitthäter und Gehülfen nicht um prinzipielle Begriffsschranken, sondern um Intensitätsgrade handelt, so daß Jemand, welchem sonst nur Gehülfenschaft zuzuschreiben wäre, im Falle einer besonders intensiven Mitwirkung zum Mitthäter wird. Und daß sich die Praxis mit dem Begriff des Hauptgehülfen vielfach nicht zurechtfinden konnte, beruht eben auf der verfehlten Behandlungsweise, welche die juristischen Begriffe stets als qualitativ verschiedene Grenzbegriffe behandelt, während sie doch nur Hülfsmittel unseres juristischen Denkens sind, die häufig lediglich Intensitätsgrade markiren sollen.

*) Daher ist es ganz richtig, wenn die Gesetzgebungen bei der Definition des Gehülfen das Dienstbare, die sekundäre Betheiligung hervorheben. So auch das holländische Gesetz a. 48: Zij die opzettelijk behulpzaam sijn bij het plegen van het misdrijf: Zij die opzettelijk gelegenheid, middelen of inlichtingen verschaffen tot het plegen van het misdrijf. Mit der zweiten Bestimmung wollte man besonders den psychischen Gehülfen treffen; vgl. van Emden p. 109.

**) Vgl. auch schon Feuerbach, Peinliches Recht § 44.

Ebenso ist es vollkommen zutreffend, daß eine Dienstbarkeitshandlung unter Umständen so viele Strafbarkeitselemente annimmt, daß sie strafbarer ist, als die Hauptthat, so bei der Abtreibung; vgl. § 219 St.G.B., Art. 317 C. pén. Alles dieses beruht darauf, daß der Unterschied zwischen That und Beihülfe ein Intensitäts-, kein Qualitätsunterschied ist.

Es ist hier, wie sonst, ein Fehler der Jurisprudenz gewesen, auch da mit qualitativen Begriffsscheidungen zu operiren, wo lediglich Intensitätsgrade vorliegen, die nach ihren verschiedenen Einzelwirkungen und Einzeläußerungen erkannt werden können, so daß die Art dieser Aeußerungen nicht die begrifflichen Scheidewände bilden, sondern nur Symptome sind, um das eine oder andere anzunehmen. Auf dem seitherigen Wege konnte man nicht zum Ziele kammen; aber die vergeblichen Versuche haben allerdings eine reiche Fülle von Symptomen ergeben, welche zusammengehalten für die Rechtsbehandlung von der größten Bedeutung sind, während die volle und getrennte Durchführung eines jeden nothwendig zu Abwegen führen muß.

Wie in der Natur, so ist es auch im Rechte nicht immer so, daß mit einer bestimmten Grenze ein neuer Aggregatszustand entsteht; man muß viele Gradationen durchlaufen, bis eine geschlossene Neuordnung der Dinge sich ergibt. Aber auch diese Zwischenstufen, diese Zwischengrade bedürfen ihrer juristischen Berücksichtigung.*)

Das Gesagte gibt uns auch zugleich die Lösung für folgende Schwierigkeit**). Wie, wenn Jemand einem unzurechnungsfähigen oder durch Irrthum entschuldigten Menschen eine unterstützende Thätigkeit angedeihen läßt, welche, wenn sie einem zurechnungsfähigen gewährt würde, sich als Beihülfe charakterisirte? In einem solchen Falle wird man unterscheiden müssen: wußte der Beihülfeleistende, daß der Thäter unzurechnungsfähig ist, dann kann ihm die Milderung nicht zu Theil werden; denn die Milderung setzt voraus, daß der Hülfeleistende nur einen untergeordneten Theil an der sich entwickelnden Thätigkeit hatte: dies ist aber nicht der Fall, wenn er der einzige Vernünftige und damit das Haupt der ganzen Thätigkeit gewesen ist — mag auch

*) Auch das Chinesische Strafrecht scheidet zwischen der Hauptperson und den Complicen; vgl. mein Chinesisches Strafrecht S. 26.

**) Vgl. hiermit auch die Ausführung des Reichsgerichts 28. Januar 1889, Entsch. XVIII S. 423.

seine physische Betheiligung eine noch so geringe sein. Ganz anders, wenn ihm die Unvernunft des Thäters nicht bekannt ist; in solchem Falle will er sich der vernünftigen Thätigkeit desselben unterwerfen: er will selbst in der entwickelten vernunfterfüllten Thätigkeit nur eine geringe Rolle spielen; mithin ist er lediglich wegen Beihülfe zu bestrafen *).

In der obigen Auffassung finde ich mich in Uebereinstimmung mit Silvela**): La nota caracteristica de los complices hemos de encontrarla en la condicion negativa, o sea en que, si bien coadyuvaron a la obra comun del Delito, no lo hicieron por actos tan importantes como los autores. No se distinguen, pues, los unos de los otros por la cualidad de la participacion, sino mas bien por la cantidad o la importancia.

§ 3.

Gegen die genannte Art der Unterscheidung kann man nicht aufkommen mit der Darlegung, daß bei einer verursachenden Thätigkeit eine jede Mitwirkung, sofern sie nur zum Erfolge nothwendig ist, gleichwerthig sei. Dies wäre richtig, wenn es sich lediglich um die Frage der Nothwendigkeit und Unentbehrlichkeit handelte. Aber nicht alles, was unentbehrlich ist, steht im Organismus des Werdens und des Bewirkens auf gleicher Rangstufe. In der staatlichen Verwaltungssphäre ist schließlich mancher untergeordnete Diener so unentbehrlich, wie der Beamte des Ministeriums; gleichwohl wird die Thätigkeit des einen eine viel mehrwerthige und für den Erfolg der Staatsoperationen viel bestimmendere sein, als die der übrigen. Wenn zu einer bestimmten Gewichtssumme das Gewicht 1, das Gewicht 6 und das Gewicht 13 zusammenwirken müssen, so ist das eine Gewicht so unentbehrlich, wie das andere, da selbst ohne das Gewicht 1 der Effekt nicht zu erzielen wäre; nichtsdestoweniger ist das Gewicht 13 wirksamer als das Gewicht 6, und dieses wirksamer als 1. Allüberall kommt es nicht nur auf die Nothwendigkeit der Mitwirkung, sondern

*) Im Argentinischen Strafgesetzbuch a. 60 heißt es: No hay complices sin hecho principal punible, pero si el autor principal no es perseguido per razon de su buena fe o de algun privilegio personal, la accion publica puede dirigirse contra los complices.

**) El Derecho Penal II p. 290.

insbesondere auch auf die bestimmende Kraft der Einwirkung an — erst hiernach kann eine richtige Ranggliederung gesetzt werden. Daraus gibt sich die Unrichtigkeit aller derjenigen Einwände, welche von der Unentbehrlichkeit auf die Gleichwerthigkeit folgern und daher die Unterscheidung zwischen Thäter und Gehülfe nach der Intensität ihres Wirkens verwerfen*).

§ 4.

Wie Mitthäter und physischer Gehülfe, so stehen sich Anstifter, also intellektualer Mitthäter, und psychischer oder intellektualer Gehülfe einander gegenüber. Auch hier handelt es sich um fließende Unterschiede. Bei der Anstiftung ist der intellektuelle Urheber der Erreger, bei der Beihülfe der Unterstützer des Motivs. Auch hier könnte man den Gehülfenbegriff in die Enge bringen, indem man sagte: Wer in eine menschliche Psyche einwirkt, die zwar dem Delikte geneigt ist, aber noch nicht stark genug dazu tendirt, um zur Begehung zu kommen, und wer nun psychisch einwirkt, um die Geneigtheit zum Thun bis zur That zu steigern, der sei nicht als Gehülfe, sondern gleichfalls qua Anstifter zu bestrafen; denn auch das sei die Erregung eines Motivs, wenn Jemand die inerte und kraftlose Geneigtheit eines Anderen zum Motive steigert, ihm den Antrieb, die Federkraft zur Handlung gewährt. Man könnte sagen: es kommt zwar vor, daß Jemand sonder Arg und reinsten Herzens durch die Verführung zur That entflammt wird, und daß ein Othello — zum Othello wird; meistens aber sei in dem Thäter schon ein Hang vorhanden, vielfach ein Hang, welcher gerade der bestimmten That entgegenstrebt und sich gegen das bestimmte Opfer wendet, aber noch nicht mächtig genug ist, als daß er zur That werden könnte; in solchen Fällen würde der Anstifter auf dem bereits gepflügten Boden seine traurige Saat säen — aber trotzdem sei er Anstifter. Wie sehr auf solche Weise die Anstiftung in die psychische Beihülfe übergeht, ist von selbst klar. Der psychische Gehülfe ist derjenige, welcher den Intensitätsgrad des verbrecherischen Willens steigert, welcher ihm durch Mittheilung bezüglicher

*) Literatur bei Hälschner I S. 370. Unrichtig Hälschner selbst I S. 381. Gegen die unrichtige Causaltheorie, welche von der Gleichwerthigkeit ausgeht, richtet sich zutreffend Birkmeyer, Mecklenb. Zeitschr. VIII S. 51.

Umstände größere Präcision und Sicherheit gewährt und ihm zum Ausschießen in die That verhilft. Man könnte auch hier sagen: ein solcher ist Anstifter; denn war der Wille bereits stark und präcis genug, so ist der Gehülfe einflußlos, er kann höchstens insoweit von Einfluß sein, als kraft seiner die Modalität des Delikts anders eingerichtet und bezüglich der Ausführung andere Maßregeln getroffen werden; ist aber der Wille noch nicht so mächtig, so ist derjenige, welcher dem Willen die Macht gibt, Anstifter, weil er dem Willen die Schnellfeder verleiht. Man könnte sagen, daß ja derjenige als Urheber zu betrachten sei, welcher eine bereits erregte causa für seiner Zwecke benutzt und ihr die Bedingungen ebnet; man könnte sagen, auch derjenige sei Urheber, der einen bereits grollenden Hund gegen einen Dritten reizt. Allein auch hier handelt es sich um Intensitätsgrade, und auch hier ist es sachgemäß, unter den unendlich vielen Gradationen von Einwirkungen — von der Einwirkung auf ein noch vollkommen integres Feld der Seele, bis zu dem Falle, wo die Einwirkung lediglich modalirend wirkt — wenigstens *einen* begrifflichen Unterschied zu statuiren; so daß die Fälle, in welchen die Einflüsterungen lediglich sekundäre sind und gegenüber den sonstigen seelischen Triebfedern nur eine untergeordnete Rolle spielen, ausgeschieden und, der Anstiftung gegenüber, als psychische Beihülfe charakterisirt werden.

Zwischen der intellektuellen Urheberschaft und der psychischen Beihülfe besteht daher gleichfalls keine unübersteigliche Kluft. Diesem Gedanken gibt das neue italienische Strafgesetzbuch dadurch Ausdruck, daß es bestimmt: Die Strafe des Anstifters wird gemindert (von ergastolo zu reclusione von 25—30 Jahren, sonst um $^1/_6$), se l'esecutore del reato lo abbia commesso anche per motivi proprii (a. 63).

Ein Fall der psychischen Beihülfe ist der in § 257 Abs. 3 des deutschen Strafgesetzbuchs charakterisirte. Allerdings nicht die zugesagte Begünstigung nach der That ist Beihülfe, sondern die Beihülfe wird gebildet durch die vor der That gegebene Zusage einer nach der That zu leistenden Begünstigung, wobei dann nur eben die nachfolgende Begünstigungshandlung nicht besonders als Begünstigungshandlung bestraft wird. Die Fassung ist im deutschen St.G.B. nicht präcis genug; richtiger das *ungarische* St.G.B. von 1878 § 69, und nunmehr auch das *italienische* St.G.B. a. 64: colui che è con-

corso nel reato . , . . col prometterе assistenza od aiuto da prestarsi dopo il reato. Im argentiniſchen St.G.B. wird insbeſondere der Fall behandelt, wenn öffentliche Beamte, welche verpflichtet ſind, ein Delikt zur Anzeige zu bringen, hayan prometido antes del hecho, o en momentos de consumarse, no cumplir con los deberes de su cargo (a. 49 Z. 4): dieſe gehören dann zu den Gehülfen des erſten Grads; zu den Gehülfen weiteren Grads gehören die übrigen, welche hayan prometido a los criminales ocultar el hecho, o darles cualquiera otra ayuda despues de consumado el crimen (a. 51 Z. 5). Man ſieht auch hier wieder das Feuerbachſche St.G.B. (a. 74 und a. 76).

Auf dieſe Weiſe iſt der Beihülfebegriff richtig und fruchtbar, während er ſonſt zu den unerquicklichſten Controverſen führt.

§ 5.

Aus der bloßen Relativität des Beihülfebegriffes erklärt es ſich auch, daß Geſetzgebungen, wie die franzöſiſche, bei dem allgemeinen Complicenbegriff ſtehen geblieben ſind, daß das engliſche Recht, welches in dem accessary before the fact einen Anlauf gemacht hatte, Gehülfen und Thäter zu ſcheiden, davon abgeſtanden iſt, und anſtatt den Gehülfenbegriff weiter auszubilden und den accessary before the fact möglichſt von dem Thäter zu ſcheiden, denſelben in vielen Fällen dem principal gleichſtellt; daß das engliſch-amerikaniſche Recht, nachdem es ſchon den principal erſten und zweiten Grades zu einem Begriffe combinirt hat, noch dem accessary und den principal zuſammenſchweißt. Alles dieſes erklärt ſich aus der einfachen Thatſache, daß der Gehülfebegriff nur ſeine relative Berechtigung hat und ſich von dem Thäterbegriffe nur intenſiv, nicht konſtruktiv unterſcheidet.

Das ſpaniſche Geſetzbuch von 1870/1876 unterſcheidet in a. 11 zwiſchen autores und complices. Zu den erſten gehören diejenigen, welche toman parte directa en la ejecucion, ſodann ſolche welche Andere zur Begehung zwingen oder anſtiften, ſodann diejenigen, welche durch einen Akt mithelfen, ohne welchen das Delikt nicht ausgeführt worden wäre: sin el cual no se hubiere efectuado. (a. 13). Mit anderen Worten, es gehört dahin, was wir Thäter, Anſtifter und Hauptgehülfen nennen. Alle anderen, welche ſonſt zur That mitwirken, por actos anteriores o simultaneos, ſind complices, a. 15.

Die Strafe der complices ist um einen Grad milder, als die Strafe der autores (a. 68)*)

Auch der neue spanische Entwurf stellt den Hauptgehülfen dem Thäter gleich.

Auch das argentinische Strafgesetzbuch**) erhebt den Hauptgehülfen zum Thäter***). So a. 31: Se consideran autores principales:

2° El que antes o durante la ejecucion presta al ejecutor, con el intento de asegurar la consumacion del crimen o delito, un auxilio o cooperacion, sin la cual el hecho no habria podido tener lugar†). Vgl. auch a. 42 und 48.

Das schwedische Strafgesetz straft denjenigen als Thäter, nicht bloß als Gehülfen, welcher bei der Vollbringung der That geholfen hat, ferner den Komplottanten, welcher bei dem Delikte mithilft, Kap. 3 § 3 und 5.

Das neue italienische Strafgesetz charakterisirt die Beihülfe richtig; derjenige ist Gehülfe, welcher (a. 64):

è concorso nel reato

1, con l'eccitare o rafforzare la risoluzione di commetterlo, o col promettere assistenza od aiuto da prestarsi dopo il reato;

2. col dare istruzioni o col somministrare mezzi per eseguirlo,

3. col facilitarne l'esecuzione, prestando assistenza od aiuto prima o durante il fatto.

Die Strafe kann, wenn die That mit ergastolo bestraft wird, auf reclusione von nicht unter 12 Jahren, sonst auf die Hälfte reducirt werden. Diese Reduktion findet aber nicht statt, se il reato senza il suo concorso non si sarebbe commesso — also dann, wenn der Gehülfe ein Hauptgehülfe, wenn seine Betheiligung

*) Vgl. zum Ganzen Silvela II p. 279 ff., 282 ff., 289 ff., 414 ff.

**) In den Codigos y Leyes usuales de la Republica Argentina (Buenos Aires 1886).

***) Ebenso die Gesetzbücher von Venezuela von 1870 a. 13 und von Guatemala von 1889 a. 29.

†) Auch hier das Feuerbachsche St.G.B. (a. 45): wer dem Vollbringer vor oder bei der Ausführung in der Absicht, damit das Verbrechen entstehe, eine solche Hülfe geleistet hat, ohne welche diesem die That nicht möglich gewesen wäre.

nicht mehr eine nebensächliche, bloß adminiculirende ist. Damit ist die Brücke von der Thäterschaft zur Beihülfe geschlagen und ist für die nothwendigen Uebergänge in der criminalistischen Beurtheilung gesorgt.

Ganz im richtigen Fahrwasser ist auch der russische Entwurf. Die Motive bekämpfen es (Gretener S. 192 ff.), daß man auf die Art der Mitwirkung ein solches Gewicht lege; oft sei der, welcher Hülfe leistet, strafbarer, als wer die Ausführungshandlung begeht. Darum erklärt der Entwurf in a. 47 die Theilnehmer als in thesi gleich strafbar, läßt aber eine Milderung eintreten, wenn die Hülfe eines Theilnehmers nur eine unbedeutende ist.

Dies ist das richtige: Gehülfe ist derjenige, welchem nur eine secundäre Mitwirkung zur Last fällt.

§ 6.

Es kann Jemand Gehülfe sein, ohne daß der Thäter sich seiner als des Gehülfen bewußt ist; ebenso wie Jemand Mitthäter sein kann, ohne daß ihn die Mitthäter kennen oder auch nur von einer Mitthäterschaft wissen. Wesentlich ist nur, daß der Gehülfe, welcher die eine Bedingung legt, darauf vertraut, daß der Thäter das übrige zur That begehen und dabei die von ihm gewährte Beförderung benutzen werde, — wobei der Thäter gar nicht zu wissen braucht, woher diese Beförderung kommt, und ob solche überhaupt auf Connivenz gegen das Delikt beruhe.

Wenn also A. weiß, daß in der Nacht Diebe kommen werden und den Fensterladen offen läßt oder gar eine Leiter hinstellt, so ist er Gehülfe; er ist Gehülfe, sobald der Dieb sich der Leiter oder des offenen Fensters bedient. Daß der Dieb weiß, daß ihm diese Erleichterungen tendenziös gewährt worden sind, ist nicht erforderlich: er muß nur die Erleichterung benützen; von Seiten des die Leiter anstellenden oder das Fenster offen lassenden Knechtes aber muß die Absicht vorliegen, die Diebe zu unterstützen — daß er sich ihnen zu erkennen gibt, ist nicht nöthig. Es ist daher Mitthäterschaft wie Beihülfe möglich ohne reciprokes Bewußtsein von einander: nöthig ist nur reciprokes Wirken, und diese Reciprocität setzt nur auf der einen Seite Tendenz, auf der andern Seite lediglich Benutzung der gewährten Unterstützung voraus.

VI.

Anstiftung.*)

§ 1.

Die Auffassung der Anstiftung, als ob der Anstifter nicht selbst im Nexus mit der That stehe, sondern lediglich im Nexus mit dem Thäter, indem er dem Thäter die Motive einpflanzt und ihn dadurch zur Schuld reizt, ist weit verbreitet; sie betrachtet den Anstifter nicht als Thäter, sondern als Theilnehmer an einer fremden That. Kein Zweifel, daß diese Auffassung an der Systematik des Gesetzbuches eine scheinbare Stütze hat, welches unter dem Titel der Theilnahme Deliktsformen darzustellen scheint, welche außerhalb der einfachen Thäterschaft stehen. Allein diese Systematik kann nicht von entscheidender Bedeutung sein; die Stellung in der Nomenklatur des Gesetzbuches ist um so weniger von Wichtigkeit, als die Gesetzgebung mit Recht die Nomenklatur nicht mit wissenschaftlicher Genauigkeit behandelt und nicht mit dieser wissenschaftlichen Genauigkeit behandeln will. Die Systematik ist nicht Sache des Gesetzes; der Zweck des Gesetzes ist es, die einzelnen Bestimmungen unter leicht faßliche Rubriken zu bringen.

Die Auffassung des Anstifters als des Theilnehmers an fremder Schuld**) ist aber deßhalb verfehlt, weil eine Theilnahme an fremder Schuld eine Theilnahme an fremder Verantwortlichkeit involviren würde. Solches ist allerdings im Laufe der Strafrechtsentwicklung häufig vorgekommen; ganze Familien, ganze Geschlechter, ganze Staaten, mußten die criminelle Verantwortung für die Schuld einzelner Personen übernehmen; ebenso gab es Gesetzgebungen, wornach der Gastgeber für die Delikte des Gastes, der Bürge für die Delikte des Verbürgten, der Begünstiger für die Delikte des Thäters haften mußte, sofern er ihn der Strafe entzog u. s. w. Aber es entspricht solches der Kulturidee, von welcher das moderne Strafrecht getragen ist, nicht; dieses ist insofern individualistisch, als es die Verantwortung für die

*) Vgl. darüber bereits mein Patentrecht S. 521 ff; vgl. auch die hier allegirte Literatur. Ueber die Anstiftung handeln auch bereits meine Aufsätze in den bad. Annalen Bd. 39 S. 202 und Bd. 40 S. 61 (über agent provocateur).

**) Vgl. über diese Anschauung neuerdings auch Kries in der Z. f. gesammte Strafrechtsw. VII S. 521 ff.

Schuld lediglich dem Schuldigen aufbürdet; die criminelle Verantwortlichkeit, — denn für die civilistische Verantwortung gelten andere Regeln. Dieser Kulturidee widerspräche es, würde man Jemanden an der Verantwortung eines Anderen theilnehmen lassen, auch wenn er die schuldhafte Willensregung durch Motivreizung erweckt hätte. Der Anstifter haftet vielmehr als Urheber der That selbst, und die Frage ist nur, inwiefern eine Urheberschaft durch die Person eines Dritten hindurch möglich ist, inwiefern der Anstifter der That des Angestifteten gegenüber kausal sein kann. Dies ist aber möglich.

Das Princip des Kausalzusammenhanges hat auch auf dem Gebiete des Willenslebens seine Stätte der Wirksamkeit, es bricht hervor in der Macht der Motive. Denn der menschliche Wille ist der Außenwelt nicht verschlossen, er ist nicht unbeeinflußbar, er steht der Außenwelt mit tausend Pforten offen, er ist erregbar, er ist bestimmbar durch die Reizungen, sofern der Seele gewisse Zustände als begehrenswerth erscheinen, und die Begierde, diese Zustände zu verwirklichen, den Willen dazu reizen, solche Realisationshandlungen zu vollbringen. Sofern Begierden erweckt werden, werden Strömungen in der Willenssphäre erzeugt, welche nach bestimmter Seite drängen. Aber die Schuld besteht nicht darin, daß solche Stömungen entstehen, sondern darin, daß der Wille solche Strömungen die Uebermacht erlangen läßt, daß er nicht aus den Fonds seiner Kraft dieselben niederkämpft. Daß er dies kann, wird zwar vielfach geleugnet, sofern man den Charakter, d. h. die specielle Veranlagung des Willens in seinem Verhalten zu den Motiven als etwas dem Menschen von außen gegebenes betrachtet. Aber dies beruht auf der unrichtigen Auffassung, als ob der Charakter nicht selbst durch die menschliche Psyche geschaffen wäre. Diese Schöpfung des Charakters, welcher ja durchaus nicht unveränderlich, sondern auf Grund eines gewissen Typus variabel ist, ist ein psychologisches Problem der tiefsten Art, dessen Lösung bis jetzt nicht gelungen ist, wenn auch die überwältigende Ueberzeugung in uns lebt, daß sie kein Phantasiebild, sondern Wahrheit ist. Wahrscheinlich ist das Problem unlösbar und wird unlösbar bleiben, weil die Schöpfung des Charakters wohl überhaupt nicht im Bereich der Erscheinung, sondern in der außerhalb der Erscheinung liegenden intelligibeln Welt erfolgt, weil sie erfolgt auf einem Gebiete, welches,

als außerhalb der Erscheinung stehend, von uns nur geahnt, vermuthet, nicht erkannt oder beschrieben werden kann.*).

Nehmen wir aber mit den Vertheidigern der Willensfreiheit an, daß es der Psyche möglich ist, der Strömungen Herr zu werden, so lange noch die Psyche im Zustande normaler Gesundheit ist, so ist damit von selbst die Relation zwischen Bestimmbarkeit und Freiheit des Willens gegeben und der Punkt aufgewiesen, von welchem die Verantwortung ausgeht: der Grund der Verantwortung ist die genügende oder ungenügende Reaktion der Psyche gegen die im Willen erregten Strömungen. Hat der Beeinflußte den Einflüssen mit genügender Kraft widerstanden, so ist er schuldlos; hat er ihnen nachgegeben, so macht er sich durch dieses Nachgeben verantwortlich.

Nunmehr ist zu der Frage zurückzukehren, ob Derjenige, welcher die Motive erregt, die Verantwortung des Beeinflußten zu theilen hat, d. h. ob eine solche Theilnahme an der Verantwortung dem modernen Kulturprinzip der individuellen Verantwortlichkeit entspricht, also dem Prinzip, wornach nur Derjenige verantwortlich wird, in dessen Seele der Prozeß sich abspielt, welcher die Verantwortung erzeugt. Dies ist aber zu verneinen. Die Verantwortung beruht auf der mangelhaften Reaktion der Psyche gegen die erzeugten Motive; dieselbe trägt daher nach unserem individualistischen Prinzipe nur Derjenige, welchem eine solche Reaktion obgelegen wäre. Darum wäre die Theilnahme an der Verantwortung eine Abweichung von dem individualistischen Prinzipe des heutigen Strafrechts — eine Abweichung, welche besonderer Rechtfertigung bedürfte. Und dies wäre nichtsdestoweniger der Fall, auch wenn es sich um einen solchen handelt, welcher die Strömungen in der Psyche hervorgerufen hat. Er hat allerdings den Willen auf die Probe gestellt, er hat seinen Mitmenschen auf den Scheideweg gesetzt, aber er hat nicht an der

*) Dies meine Stellung zwischen Determinismus und Indeterminismus. Vgl. darüber mein Wesen der Strafe S. 4 ff; Bünger, Vorstellung, Willen und Handlung S. 23 ff., 75 ff. Die Kenntniß der philosophischen Literatur über die Frage, insbesondere Spinoza, Kant, Schopenhauer und Hartmann wird vorausgesetzt. Die religiöse Belege, welche man für die Unfreiheit des Willens aufgerufen hat, wie die bekannte wunderbare Stelle des Römerbriefes (9, 18 ff.), beruhen eben gerade auf der Ueberzeugung, daß der empirische Wille von einer höheren Instanz gelenkt, d h. daß der entscheidende Charakter in der höheren, intelligiblen Welt gebildet wird. Vgl. auch die schöne Stelle in Dante, Purgat. XVI, 65 f. f.

Entscheidung in der Seele des Thäters mitgewirkt, und diese Entscheidung, d. h. die Reaktion gegen die Seelenströmungen macht allein verantwortlich.

Daß die Gesetzgebung etwas andere statuiren kann, ist begreiflich; sie geht dann von dem Prinzip der individuellen Haftung ab; sie ist dann von dem Gedanken getragen, daß die Entscheidung des Thäters eine Verantwortung auch außerhalb seiner Sphäre wirkt, und daß die psychische Einwirkung den Einwirkenden in den Schatten der Verantwortung des Thäters hineinzieht. Eine Rechtfertigung könnte eine solche Gesetzgebung finden in dem Gedanken, daß die Mitbestrafung einer solchen Persönlichkeit eine soziale Nothwendigkeit sei, und in dem Gedanken, daß der Anstifter die Bewegung in der Seele des Thäters voraussehen kann und den Thäter nichtsdestoweniger auf die Schneide stellt.

Jedoch ist, wie bereits bemerkt, ein solcher Bruch in das Prinzip, welches man als das erste Fundament unseres heutigen Strafrechts erachtet, nur dann legislativ gerechtfertigt, wenn auf andere Weise die Kulturaufgaben der Gegenwart nicht zu erfüllen sind; sind sie auf andere Weise zu erfüllen, so ist auf andere Weise vorzusehen, sofern nur dieser andere Weg nicht noch größere Mißstände im Gefolge hat. So die Richte für die Gesetzgebung; unsere gegebenen Gesetzgebungen aber müssen wir im Zweifel im Sinne des legislativ Richtigen und Zutreffenden interpretiren, und etwas Unzureichendes und Inkohärentes werden wir nur dann anzunehmen haben, wenn es uns die Fassung des Gesetzes zur Nothwendigkeit macht.

Nach beiden Richtungen nun müssen wir aber eine solche Abweichung von dem Satze der bloß individuellen Verantwortung ablehnen: eine solche Abweichung ist nicht legislativ geboten, und anderseits hat das deutsche Gesetz durchaus nicht die Fassung, welche es zur Nothwendigkeit macht, eine legislative Inkohärenz anzunehmen; im Gegentheil bietet dasselbe insbesondere im § 50 eine deutliche Bethätigung des Gegentheiles.

Ich sage, daß ein solcher Bruch in das Prinzip der individuellen Verantwortung nicht geboten ist; denn der Anstifter ist auch ohne dieses genügend, und in völlig sachgemäßer Weise zu erreichen — vermöge des Satzes der psychischen Kausirung. Oben wurde bemerkt, daß der Wille erregbar ist, und diese Erregung kann auf einen

Menschen als Ursache zurückgeführt werden, sofern gerade der Kontakt von Mensch zu Mensch ganz besonders in der Lage ist, durch die Kommunikation der Gedanken und Gefühlsstimmungen auf die Psyche erregend einzuwirken. Nun ist es wahr, daß der Wille diesem Anstoße nicht zu folgen braucht und vermöge der der Seele innewohnenden Reaktionskräfte den Anstoß von sich ablehnen kann; thut aber die Seele dieses nicht, so folgt sie dem Anstoße, sie folgt der Erregung: sie unterläßt es, die Kausalkette zu unterbrechen, und der Verbindung zwischen der erregenden Thätigkeit des Anstifters und der durch die Erregung bewirkten Willensaktion des Thäters ist damit vollzogen. Ist aber dies der Fall, so ist schon nach dem Prinzipe der individuellen Verantwortung die Haftung des Anstifters gegeben, sofern er durch den Angestifteten als sein willensbegabtes Hülfsmittel die That vollbracht hat: der Anstifter haftet jetzt nicht für die fremde That, er nimmt nicht an der Verantwortlichkeit des fremden Thäters Theil, — sondern er hat seine eigene Verantwortung für seine eigene That, welche er durch das fremde Medium vollzogen hat.

Damit ergibt sich zugleich die konstruktive Möglichkeit, in jeder Beziehung die Bestrafung des Anstifters nach dem Maße seiner eigenen Verantwortung abzumessen. Jetzt wird der Anstifter dem Erfolge selbst gegenübergestellt; alle Umstände, welche es rechtfertigen, den Thäter bezüglich der That milder oder härter zu behandeln, kommen zur Geltung; die Haftung des Anstifters ist keine vikarirende, keine abgeleitete, sie ist eine selbstständige: sie ist selbstständig und darum abgestuft nicht nach den Verhältnissen, welche für eine fremde, sondern nach den Verhältnissen, welche für die eigene That maßgebend sind. Wir haben also damit ein Hülfsmittel, durch welches die Wahrung der sozialen Interessen in noch viel ausreichenderer Weise erzielt werden kann: denn der Anstifter wird getroffen, und er wird getroffen in der vollen Kraft seiner eigenen Verantwortung.*)

Fragen wir nun, ob die deutsche Gesetzgebung genügenden Anhalt bietet, um entgegen den entwickelten Sätzen einen Bruch in das System der individuellen Verantwortung anzunehmen, so ist dies zu verneinen.

*) Man vgl. auch Buri in der Z. f. ges. Strafrechtsw. II. S. 271, welcher die kausative Kraft der Anstiftung darauf zurückführt, daß sie den Angestifteten zu der Entschließung nöthige, ob er den Anreizungen des Anstifters willfahren wolle (S. 272). Damit ist das Richtige gestreift.

Schon oben ist entwickelt worden, daß aus der Rubrizirung des Gesetzes nichts derartiges entnommen werden kann. Auch aus der Wortfassung ist nichts derartiges zu folgern; denn die Ausdrucksform, daß als Anstifter bestraft wird, wer einen Anderen zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung bestimmt hat, will nichts weiter besagen, als daß eben ein selbstverantwortlicher und darum strafbarer Thäter vorhanden sein muß, welcher sich die That als seine That anrechnen muß, weil er die nöthige Reaktion gegen die erregten Motive unterlassen hat. Daß aber darum die That nicht auch zugleich die That vorausgesetzt wird, welcher durch Erregung von Motiven die That kausirt hat, ist in keiner Weise aus den Worten des Gesetzes zu entnehmen. Ebensowenig kann ein solches aus der Fassung des Gesetzes gefolgert werden, wornach die Strafe des Anstifters nach demjenigen Gesetze festzusetzen ist, welches auf die Handlung Anwendung findet, zu welcher er wissentlich angestiftet hat. Damit ist nicht gesagt: der Anstifter soll gestraft werden wie der konkrete Thäter, sondern: er soll gestraft werden wie einer, welcher die betreffende Handlung realiter begeht. Es wird die Strafe des Anstifters nicht aus der Schuld des Angestifteten heraus abgeleitet, sondern aus der Handlung, welche auf den Anstifter als den Erreger derselben zurückzuführen ist.

Und daß das Gesetz den richtigen Gedanken enthält, ergibt sich aus dem § 50. Gerade das ist ja der Punkt, wo die verschiedenen prinzipiellen Auffassungen vorzüglich auseinandergehen: unsere Auffassung setzt den Thäter der That gegenüber und beleuchtet, sofern es sich um seine Bestrafung handelt, die That von dem Standpunkte des Anstifters als des ideellen Thäters aus. Die Höhe der Schuld in der Seele des faktischen Thäters ist allein dessen Sache; sie ist Sache seiner Verantwortung, sie kommt nur bei seiner Bestrafung in Betracht: ob die That einen Berg von Schuld auf ihn wälzt, ob es sich um die Tödtung seines Freundes, seines Bruders, seines Vaters handelt, dies ist sein Verschulden und seine Verantwortung, der Anstifter steht trotzdem als ein Fremder dem Opfer der That gegenüber: er wird als ein Fremder schuldig, verantwortlich, strafbar. Dies ist der Gedanke, von welchem allein der § 50 R St.B. sein Relief erhält:*) ein jeder der bei der That Betheiligten steht der That als seiner

*) Aehnlich der russische Entw. a. 47.

That gegenüber und seine Verantwortung richtet sich nach seinem Verhältniß zur That.*)

Man wird nun aber entgegenhalten: Ist das gerecht, daß dieser Umstand bei dem Anstifter gar nicht in Betracht kommt? Ist es gerecht, es zu ignoriren, daß der Anstifter die zartesten Familienbande zerrissen, daß er einen Feuerbrand in die Familie gelegt, daß er den Sohn gegen den Vater, den Bruder gegen den Bruder, die Frau gegen den Mann aufgereizt hat? Darauf ist zu sagen, daß es sich hier um unsittliche Zuthaten zu der kausirenden Thätigkeit des Anstifters handelt, welche wie der ganze Kreis von Unsittlichkeit, den er um die That gelegt hat, bei der Strafausmessung in Betracht kommen kann; er kann in Betracht kommen, aber nicht deßhalb weil der Anstifter an der Verantwortung des faktischen Thäters partizipirte, sondern deßhalb, weil er bei der That sich unsittlicher Mittel bedient hat: die Unsittlichkeit des Thäters, welche er befördert hat, fällt ihm zur Last, wie jede Unsittlichkeit, der er sich bei Begehung des Deliktes bediente, etwa wenn er einen Diener bestochen und sich den Eintritt erwirkt, wenn er einem Kinde schlimme Lehren gegeben und sich dadurch den Zugang zu dem Opfer verschafft hätte. Die betreffenden Umstände kommen in Betracht, nicht weil der Anstifter die kriminelle Verantwortung des Thäters auf sich zu nehmen hat, sondern weil er, um zur That zu gelangen, bösen Samen ausgestreut hat. Dies kann für die Strafausmessung von Erheblichkeit sein, denn bei der Strafausmessung kommt die ganze sittliche Qualität des Thäters bei der That, ja selbst außerhalb der That in Betracht; sie kommt auch insofern in Betracht, als die Nebenzwecke der Strafe ganz andere sind bei einem verhärteten Böswicht, als bei einem, welcher nur vorübergehend vom richtigen Wege abgewichen ist. Daß aber diese Umstände nur insofern, nicht auch wegen der Theilnahme an der kriminellen Verantwortung des Anderen, in Betracht kommen, ist nöthig zur wissenschaftlichen Klarlegung: eben die Vermischung beider Gesichtspunkte hat zur unrichtigen Theorie von der Anstiftung geführt; man hat die hinzutretenden sittlichen Qualifikationen mit dem Grunde der juristischen Verantwortung verwechselt; die juristische Verantwortung aber ist nur

*) Schon das chinesische Recht hat in scharfer Weise den bloß persönlichen Charakter dieser strafbaren Qualitäten betont; vgl. mein Chinesisches Strafrecht S. 28. So jetzt auch das neue Japanische Strafgesetzb. a. 106, 110.

eine Verantwortung für die That, während die sittlichen Elemente allerdings adminiculirend in Betracht kommen zur Bemessung der der That entsprechenden Bestrafung. Wenn die Gesetzgebung diese Berücksichtigung nicht völlig dem Richter überlassen will, wenn sie diesen Fall der Unsittlichkeit, nämlich den Fall, wo Jemand eine besonders schwere Unsittlichkeit eines Fremden als Angestifteten sich dienstbar macht, als einen qualifizirten behandeln und strenger bestrafen will, so ist allerdings hiergegen nichts einzuwenden.*)

§ 2.

Hiernach ist die Anstiftung zwar ihrer sittlichen Qualität nach, nicht aber nach ihrem juristischen Charakter von demjenigen unbeschieden, was man mittelbare Thäterschaft nennt.**) Sie ist juristisch

---

*) Entsprechend nimmt der Code Livingstone a. 68, 69 an, daß wenn der Anstifter, überhaupt der accomplice, volljährig, der Thäter aber unter 15, oder zwar über 15 Jahre, aber minderjährig ist, die Strafe des accomplice um $^1/_2$ bezw. um $^1/_4$ erhöht wird (Complete Works of E Livingstone II p. 27). Das neue italienische Strafgesetz (a. 65) hat eine Vermittlung beider Gesichtspunkte in der Art gesucht, daß es sagt: die erschwerenden Umstände eines Theilnehmers werden Demjenigen zugerechnet, welcher sie im Moment seiner Mitwirkung kannte; doch kann die Strafe gemildert werden (statt ergastolo kann reclusione v. 25—30 Jahren treten, sonst Milderung um $^1/_6$). Schon Ortolan wollte die Sache so konstruiren, daß der Mitthäter eines Mordes, welcher von Seiten seines Mitthäters Vatermord ist, bezüglich des Mordes als Thäter, bezüglich der Erschwerung als Gehülfe zu behandeln sei (Elém. de droit pénal (4. Ed.) I. nr. 1286. Auch Boissonade (Projet révisé de Code Pénal pour l'Empire du Japon) p. 389 nimmt an, daß der Theilnehmer, welcher wissentlich an der größeren Schuld des Thäters participirt, deßhalb schuldiger sei als gewöhnlich, daß er aber doch nicht so schuldig sei, als wenn die betreffenden Umstände in seiner Person hervortreten würden; das Ideal wäre ein Zwischending; da es aber solches nicht gäbe, so bleibe man besser bei der milderen Beurtheilung.

**) Der Oberste Gerichtshof München hat daher 29./11. 1878 (Sammlung der Entsch. in Strafsachen VIII Nr. 161) angenommen, daß es keine Nichtigkeit sei, wenn das Gericht wegen Anstiftung verurtheilte, obgleich wegen bona fides des physischen Thäters indirekte Thäterschaft vorliegt. Dies ist allerdings nur insoweit richtig, als es sich um absolut bestimmte Strafen handelt, denn sonst muß der Unterschied mindestens als Strafausmessungsgrund in Betracht kommen. Das Reichsgericht nimmt 8. 12. 1880 Entsch. III S. 96 an, daß, wenn die Anklage auf Thäterschaft (mit Benützung eines willenlosen Werkzeuges) ging, eine Verurtheilung auf Anstiftung erfolgen könne.

nicht unterschieden, was den Anstifter selbst angeht: bezüglich des faktischen Thäters ist allerdings ein bedeutender Unterschied; in dem einen Falle ist der faktische Thäter als der Thäter eines dolosen Deliktes verantwortlich, in dem andern Falle ist er entweder gar nicht verantwortlich oder nur verantwortlich vom Standpunkte der Culpahaftung aus. Bei der Anstiftung haben wir daher zwei Thäter, den Anstifter als den intellektuellen Thäter, und den „Thäter" als intellektuellen und faktischen Thäter zugleich; der Angestiftete ist Werkzeug des Thäters, aber er ist nicht „willenloses" oder bewußtloses, er ist ein des deliktuosen Zieles bewußtes Werkzeug des Thäters. Er ist Werkzeug des Thäters, sofern er die vom Anstifter in ihm erregten Thatmotive hat wirken lassen, er ist selbst Thäter und als Thäter schuldig, weil er die von dem Anstifter geöffneten Schleusen nicht geschlossen und auf solche Weise dem erregten Sturm des Willens nachgegeben hat. Er ist Werkzeug des Thäters, weil er es sein will.

Dagegen ist das sog. willenlose Werkzeug ein Werkzeug, welches entweder überhaupt den Erfolg der That nicht ahnt, oder welches doch in einer solchen geistigen Verfassung ist, daß der Erfolg der That ihm nicht zugerechnet werden kann. Ein solches willenloses Werkzeug liegt vor, wenn der faktische „Thäter" in einen solchen Irrthum versetzt wird, daß er seiner Einwirkung auf die Außenwelt einen ganz anderen Erfolg zuschreibt, oder wenn derselbe durch solche Drohung zur That geleitet wird, daß die That ihm nicht mehr zur Verantwortung gestellt werden kann; ein willenloses Werkzeug liegt vor, wenn sich Jemand eines schwachsinnigen oder wahnsinnigen Menschen bedient, dem entweder der Erfolg oder der sittliche und juristische Charakter des Erfolges unbekannt ist,*) oder doch der Erfolg nicht zugemessen werden kann, weil ihm das richtige Steuer des Willens fehlt; ein willenloses Werkzeug liegt vor, wenn sich Jemand eines noch Unerwachsenen bedient, sofern derselbe die kriminelle Altersreife noch nicht erreicht hat: hat er sie erreicht, so geht das willenlose Werkzeug in einen „Angestifteten" über, und die That des Urhebers wird Anstiftung.

*) Vgl. auch Obertrib. 3./11. 1877 Oppenhoff Rechtspr. XVIII S. 690. Vgl. auch Goltdammer, Materialien I S. 304.

Es leuchtet ein, wie einfach, sicher und folgerichtig sich nach unserem System die ganze Lehre entwickelt; wie der Salto mortale von der mittelbaren Thäterschaft zur Anstiftung sich von selbst vollzieht — oder vielmehr wie es sich hier nur um verschiedene Nuancen handelt, von welchen die eine unmerklich in die andere übergeht; während nach der entgegengesetzten Theorie die größten Schwierigkeiten entstehen. Wer einen 14jährigen anstiftet, würde prinzipiell anders behandelt, wenn der 14jährige als ein Zurechnungsreifer behandelt wird, und es käme durchaus nicht darauf an, ob der Anstifter von der Zurechnungsreife weiß oder nicht.

Ebenso wäre der A. Anstifter, falls er den B. durch Drohung zur That veranlaßt — sofern nur die Drohung nicht eine solche im Sinne des § 52 St.Gb. wäre, also eine Drohung mit gegenwärtiger, auf andere Weise nicht abwendbarer Gefahr für Leib und Leben des Thäters selbst oder eines Angehörigen; würde er ihn aber durch eine Drohung mit dieser Energie zur That bestimmen, so wäre er nicht Anstifter, sondern mittelbarer Thäter; und es ist nur seltsam, daß er hiernach mitunter leichter zu bestrafen wäre, wenn er energischer droht. Man konstruire nur nach der gewöhnlichen Theorie den Fall, daß die Schwester ihren Bruder durch Drohungen veranlaßte, die X zu nothzüchtigen. Als Anstifterin wäre sie strafbar; dagegen nimmt man nach der gewöhnlichen Meinung an, daß man nicht als mittelbarer Thäter die Nothzucht begehen könne. Darnach wäre also, wenn die Drohung so energisch ist, daß der Bruder für sein gegenwärtiges Leben fürchten müßte, schließlich etwa Nöthigung gegeben, — ist sie nicht so energisch, Anstiftung zur Nothzucht. Doch gewiß ein unzulässiges Ergebniß!

Ebenso müßte man in dem Falle, — in welchem sowohl der Anstifter als auch der Thäter auf Urkundenfälschung ausgehen, der Anstifter aber einen rechtswidrigen Vermögensvortheil verfolgt, während solcher dem Thäter nicht bewußt ist, — den Anstifter als mittelbaren Thäter bezüglich des Delikts des § 268 erachten; während, wenn auch der Thäter auf den Vermögensvortheil hinaussteuert, Anstiftung und Thäterschaft anzunehmen wären.*)

*) Vgl. auch den Fall in der Entsch. des Reichsger. 8./12. 1880 Entsch. III S. 96.

Eine Schwierigieit ist noch zu erwähnen, von welcher bereits oben die Rede war; sie löst sich nach unserer Anschauung von selbst. Wie, wenn Jemand einen Anderen anstiftet, den er für willensfähig und der That bewußt hält, während er unzurechnungsfähig ist oder den richtigen Sachverhalt, welcher allein die Sache zum Delikte macht, nicht kennt? Oder umgekehrt, wenn Jemand sich eines der Verantwortung unfähigen oder der Sache unkundigen Menschen zu bedienen vermeint, dieser aber in der That willensfähig und der Sache bewußt ist? Die gewöhnliche Lehre von der Anstiftung findet hier die größte Schwierigkeit; ich erinnere nur an den Fall, wenn ein Gauner einen Anderen zu täuschen meint und ihm vorspiegeln will, daß er sein Eigenthum bei dem A liegen gelassen habe und ihn veranlaßt, die Sache zu holen — während der Thäter den Gauner und seine Praktiken kennt, sich aber doch zur Handlung bereit macht, weil er eine entsprechende Belohnung erwartet; oder daß Jemand einen Andern durch Irrthum veranlassen will, eine objektiv unrichtige Thatsache zu beschwören, während derselbe die Sachlage sehr wohl kennt, aber den falschen Eid aus den von dem Anstifter entwickelten Gründen plausibel findet; es kann kein Zweifel sein, daß in letzterem Falle trotzdem der § 160 R.S.Gb. zutrifft. Ueberhaupt ist nach unserer Auffassung die Behandlung beider Fälle, der Einwirkung auf den bewußten und den unbewußten Thäter, eine prinzipiell gleiche, und der Unterschied kommt nur bezüglich der Strafausmessung in Betracht.

Wie es sich verhält, wenn Jemand sich als den Gehülfen eines Zurechnungsfähigen wähnt, während der faktische Thäter unzurechnungsfähig ist, wurde bereits oben (S. 99 ff.) besprochen.

§ 3.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß die Anstiftung zu mehreren Delikten in einem und demselben Akte, z. B. in einer und derselben Rede, nicht Real-, sondern Idealkonkurrenz ist; daß sie es ist, sei es, daß ein Thäter zu mehreren Handlungen, oder daß mehrere Thäter zu mehreren Handlungen angestiftet werden. *) Allerdings wirkt die Anstiftung nur durch die Thätigkeit der Angestifteten: allein diese Thätigkeit ist die Thätigkeit eines vom Anstifter in Gebrauch ge-

*) Vgl. auch Bünger, Vorstellung, Wille und Handlung S. 250 ff.

setzten Werkzeuges: wer eine Maschinerie in den Boden legt, welche mehrere Selbstgeschosse enthält, der vollzieht eine Thätigkeit, wenn auch die mehreren Selbstgeschosse nach den verschiedensten Richtungen hin tödtlich wirken, und ebenso wer zugleich mehrere Thiere aus dem Zwinger gehen läßt und unter die Menschen bringt. Unrichtig sind daher die Entscheidungen des Reichsgerichts 9./12. 1881, 30/3. 1883 Entsch. V S. 227, VIII S. 159*), welche hier Realkonkurrenz annehmen. Diese Entscheidungen wären nur haltbar von dem Standpunkte der Schuldgemeinschaft aus, sofern eine Gemeinschaft an zwei getrennten Verschuldungen eine Addition zweier getrennter Schuldhaftungen involvirte. Von dem richtigen Standpunkte aus, welchen das Reichsgericht selbst in der Lehre von dem Agent provocateur vertritt, muß anders entschieden werden.

§ 4.

Die Thäterschaftsqualität des Anstifters bringt es auch mit sich, daß Niemand, welcher Anstifter ist, noch in einer andern Qualität an der That betheiligt sein kann. Begeht Jemand die That vollständig und ungetheilt, so ist er trotzdem ein- für allemal Thäter, er ist einmal Thäter und kann nur einmal Thäter sein. Wenn er daher an der That etwa in der Art betheiligt ist, daß er den X zu einer Thätigkeit anstiftet, selbst aber dabei die eine oder andere mitwirkende Thätigkeit ausführt, so ist er nicht Anstifter und Mitthäter, er ist Thäter schlechtweg, er ist theils bloß intellektueller, theils auch faktischer Thäter, — aber er ist Thäter und nichts als Thäter: er ist nicht anders zu behandeln, als wenn er die beiden Theile der That $\alpha + \beta$ selbst allein ausgeführt hätte. Ebenso verhält es sich, wenn Jemand Anstifter und zugleich Gehülfe des angestifteten Thäters ist; er ist darum doch nur als Thäter zu bestrafen, er ist so anzusehen, als ob er die That begangen und sich selbst mit den Mitteln der That ausgerüstet hätte.

Daher der Satz: Niemand kann zugleich als Anstifter und als Gehülfe bestraft werden; so auch Reichsgericht 1./5. 1880 Entsch. II

*) Unrichtig auch Obertrib. 13./12. 1871 Stenglein N. F. I S. 113.

S. 147. *) **) Die Lehre von der Theilnahme an der fremden Schuld würde zu einem anderen Resultate führen; man müßte sagen: wer zu einer fremden Schuld anstiftet, nimmt an der in der That entfalteten fremden Verschuldung Theil, und wenn er zugleich selbst Thäter ist, so trägt er noch dazu die in der That selbst liegende eigene Verschuldung; ein Grund, beide Verschuldungen zur Einheit zu verschmelzen, läge nicht vor, — eine Konsequenz, welche nicht zu Gunsten der bekämpften Lehre sprechen dürfte.

Aus demselben Grund kann Niemand zugleich als Theilnehmer an dem Delikte und wegen Nichtanzeige bestraft werden;***) die Strafbarkeit wegen der Nichtanzeige beruht zwar nicht auf dem Gedanken der Causalität, wohl aber auf dem Gedanken, daß es Pflicht des Mitwissenden gewesen wäre, durch Anzeige die Begehung der That zu verhüten (vgl. oben S. 47). Wer aber wegen Selbstbegehung, d. h. wegen Causiren der That bestraft wird, kann nicht zugleich dafür bestraft werden, daß er die Begehung der That nicht verhindert hat.

Ob der Anstifter zugleich Begünstiger eines anderen Deliktstheilnehmers sein kann, ist sehr bestritten; die Frage hängt mit der Qualifikation der Begünstigung zusammen. Ist, wie später auszuführen, die Begünstigung eine Form der indirekten Theilnahme, so ist es sicher, daß der Anstifter ebensowenig einen Theilnehmer, als sich selbst begünstigen kann. Anders die gewöhnliche Meinung;†) allein dieselbe ist unhaltbar; sie führt auch zu folgender Incongruenz: wird die Begünstigung nach Maßgabe des § 257 Abs. 3 als Beihülfe strafbar, so wird sie — wie die Beihülfe überhaupt — durch die

*) Unrichtig Reichsgericht 22./11. 1887, Goltdammer's Archiv XXXV S. 406 ff. In den Entscheid. 19./1. 1888 ib. XXXVI S. 162 ist jedoch ausgesprochen, daß keine Realkonkurrenz vorliege.

**) Dies gilt auch von dem besondern Falle der Beihülfe, von welchem das R.St.G.B. in § 257 Abs. 3 handelt; Reichsgericht 3./11. 1887 Entscheid. XVI S. 374; vgl. auch 10/1. 1887 XV S. 295. Vgl. auch noch Sächs. Oberappell.-Gericht 29./1. 1872 Stenglein N. F. I S. 237; Obertrib. 12./4. 1877 Oppenhoff Rechtspr. XVIII S. 266.

***) Vgl. über die Frage auch Binding, Handb. I S. 359, und Kries in Z. f. ges. Strafrechtsw. VII S. 563 ff.

†) Anders auch das Reichsgericht 7./4. 1881 Entsch. IV S. 60, und schon das Obertrib. 27./9. 1876, Oppenhoff Rechtspr. XVII S. 596. Richtig Sächs. Ober-A.G. 29./1. 1872 Stenglein N. F. I S. 327.

Anstiftung consumirt;*) ist die Begünstigung aber, weil nicht vorher zugesagt, bloße Begünstigung, so ist Konkurrenz von Anstiftung und Begünstigung gegeben. Darnach würde der doch wahrlich sehr gravirende Umstand, daß die Begünstigung vorher zugesagt und dadurch anticipando zum Hülfsmotiv der That erhoben wird, nicht gravirend, sondern wesentlich erleichternd wirken. **)

Kann Thäter und Theilnehmer nicht wegen Begünstigung gestraft werden, so auch nicht wegen Anstiftung zur Begünstigung; ***) denn der zur Begünstigung Anstiftende wird gestraft, weil er eine Begünstigung indirekt bewirkt hat; Thäter und Theilnehmer aber können nicht wegen einer Begünstigung bestraft werden, welche sie für ihr eigenes Delikt bewirken.

Anders verhält es sich mit der Hehlerei; Hehlerei ist nicht nur Fortführung des durch das Delikt geschaffenen deliktuosen Zustandes; die Hehlerei hat, und zwar die einfache Hehlerei wie die Partirerei, selbstständige deliktuose Elemente an sich. Diese selbstständigen Elemente beruhen entweder in der Theilnahme an den Vortheilen des fremden Gutes oder in der positiven Förderung, welche der Hehler dem Verkehr mit unrecht erworbenem Gute gewährt. *)

Daher kann der Anstifter und der Mitthäter Hehler sein, **) nur muß, damit er Hehler ist, sein Vortheil mehr betragen, als der natürliche Antheil, welchen er so wie so an den gestohlenen Sachen nehmen würde; denn nur dann liegt, neben dem natürlichen Vortheile des begangenen Diebstahls, noch ein selbstständiger Vortheil vor; ***) es ist ähnlich, wie auch in § 49 a der zugesagte Vortheil nicht in dem bloßen naturgemäßen Participiren an den Vortheilen des Deliktes bestehen darf. *†)

---

*) Vgl. die eben cit. Entsch. des R.G. 3./11. 1887 XVI S. 374.

**) Richtig Herzog im Gerichtssaal XXIX S. 163 ff.

***) Württemb. Kassationshof Februar 1876, Stenglein N. F. VII S. 6. Unrichtig Obertrib. 14./11. 1877, Stenglein N. F. VIII S. 216.

*) So wenigstens die Grundgedanken des Gesetzes. Dieselben haben allerdings keine ganz zutreffende Fassung gefunden.

**) Vgl. Reichsgericht 30./12. 1881 Entsch. V S. 282, 19./6. 1883 VIII S. 371.

***) So also, wenn etwa der eine Mitthäter den übrigen ihre Portionen abkaufen würde.

*†) Sächs. Ober-A.G. 9./10. 1876, Stenglein N. F. VII S. 9.

Ebenso liegt in dem Ansichbringen einer deliktuos erlangten Sache keine Hehlerei, wenn dieses Ansichbringen nur die Ausführung der in dem Eigenthumsdelikte (z. B. der Unterschlagung) begonnenen Aneignung ist; so wenn Jemand wissentlich eine fremde Sache kauft und die so gekaufte fremde Sache nachträglich in Empfang nimmt. *) Das Ansichbringen muß, um noch weiter strafbar zu sein, nicht bloß in dem Ansichbringen der schon durch das Delikt selbst gewonnenen Sache bestehen; sonst müßte man auch dann Partirerei annehmen, wenn der Dieb die Sache gestohlen, verborgen und dann wieder geholt hat.

In allen genannten Fällen handelt es sich um das Prinzip des modernen Rechts, daß ein Delikt nur einmal, dabei aber allerdings unter voller Berücksichtigung aller influirenden Elemente bestraft werden soll. Es bedarf daher besonderer, in dem Delikte noch nicht enthaltener strafbarer Elemente, um dem Delikte ein zweites beizufügen. Diesem Postulate des modernen Rechts ist nach unserer Konstruktion am besten zu entsprechen.

§ 5.

Mehrere Anstifter können bewußt zusammenwirken; sie können also bezüglich der Anstiftung Mitthäter sein. Ebenso kann Jemand Gehülfe des Anstifters sein: **) der Gehülfe des Anstifters ist Gehülfe der That. Wie ist es aber, wenn mehrere Personen von einander unabhängig in den Thäter die Motive pflanzen? In solchem Falle ist eine solidare Haftung der mehreren Anstifter möglich, sofern die That als die Frucht der verschiedenen kombinirten Anstiftungen zu betrachten ist. Dies gilt nicht nur von gleichzeitigen, sondern auch von successiven Anstiftern, und bei successiven Anstiftern gilt es nicht nur von dem letzten Anstifter, es gilt auch von den früheren. Denn ein jeder Anstifter muß darauf bauen, daß die Anstiftung vielleicht nicht sofort wirkt, daß aber der eingestreute verderbliche Samen unter dem Zusammentreffen besonders günstiger Umstände zum Gedeihen gelangt. Es ist daher der Anstifter haftbar, wenn der Thäter erst nachträglich in Folge schlechter Gesellschaft oder sonstiger Umstände den moralischen Halt eingebüßt hat, welcher den eingeflößten Stimu-

*) Unrichtig Reichsgericht 13./1. 1888 Entsch. XVII S. 59.

**) Reichsgericht 8/7. 1886 Entsch. XIV. S. 318.

lantien im Wege stand. Ein solch nachträglicher günstiger Umstand kann nun auch das Zureden eines Zweiten, eines Dritten sein; dieses Zureden kann dazu beitragen, daß neue Hebel angesetzt werden, sodaß die repressiven Motive zuletzt den Kürzeren ziehen.

Von diesen mehreren Anstiftern ist ein jeder für die ganze That verantwortlich, — er wäre auch verantwortlich, wenn zu seiner einflüsternden Thätigkeit andere förderliche Umstände hinzugetreten wären. Ein Jeder ist für die That verantwortlich, wenn er auch nicht auf die Mitwirkung der übrigen Anstifter gebaut hat; denn er hat unbestimmt auf alle Umstände gebaut, welche irgendwie dem Einflusse seiner Thätigkeit förderlich zur Seite stehen könnten: unbestimmt, ohne Rücksicht, von welcher Seite her diese Umstände kommen werden; und zu diesen Umständen gehören auch die Einflüsterungen, wie überhaupt die Einwirkungen Dritter.

Möglich ist es allerdings, daß die Einflüsterung des Ersteren gar keine nachhaltige war, daß sie vor der Einflüsterung eines Zweiten sofort die Segel strich; möglich ist es auch umgekehrt, daß die Einwirkung des Ersten schon so mächtig war, daß sie allein schon zur That genügte. In solchen Fällen ist natürlich die Anstiftung der Übrigen als Anstiftung zu streichen. Dies ist eine psychologische Frage des einzelnen Falles, die schwierig sein kann, aber, wie so vieles andere, von dem Richter überwunden werden muß.*)

Allerdigs ist damit nicht gesagt, daß in solchen Fällen der eine nothwendig straflos bleiben muß; es ist nur gesagt, daß nicht beide als Anstifter zu behandeln sind. Wie die Anstiftung in psychische Beihülfe übergehen kann, ist bereits oben S. 101 ff. dargethan worden; es obwaltet daher auch kein Bedenken, Jemanden als psychischen Gehülfen zu strafen, der Anstifter zu sein glaubt, weil er nicht wußte, daß bereits von anderer Seite her auf den Thäter eingewirkt wurde.

§ 6.

Zu der größten Sonderlichkeit der bekämpften Lehre gehört die Behandlung des Agent provocateur**); die Konsequenz derselben

*) Ueber die Mehrheit von Anstiftern vgl. Reichsgericht 16/4. 1886 Entsch. XIV. S. 92; vgl. auch Oberhofgericht Mannheim 1/6. 1878, Stenglein, N. F. VIII. S. 71.

**) Vgl. hierüber bereits meinen Aufsatz in den bad. Annalen B. 40 (1874) S. 61 ff., auch mein Markenrecht S. 388 ff.

führt dazu, daß, wer einen Anderen zu einer Versuchshandlung verleitet, ebenfalls wegen Versuchs bestraft wird, weil er an der Schuld des Thäters theilnimmt; daß er bestraft wird, auch wenn er von Anfang an nur den Versuch beabsichtigt hat und dabei die Tendenz verfolgte, daß der Thäter auf dem Versuche der That ertappt und dadurch entlarvt werde. Ich will hier nicht für die polizeilichen Maßnahmen mit Hülfe der Agents provocateurs eintreten; allein es ist sicher, daß in einigen Fällen die Polizei des Agent provocateur nicht entbehren kann. Je feiner und durchdachter das Unrecht wird, je mehr es sich mit allen technischen Hülfsmitteln umgibt, um auf der einen Seite seine Wirkung zu sichern, auf der anderen Seite seine Entdeckung zu verhüten: um so mehr scheint es mir angezeigt, daß der Staat sich jedes irgendwie probaten Mittels bedient, um den Werken der Finsterniß beizukommen; und dazu gehört auch die Benutzung des Agent provocateur: ohne Detektives und Agents provocateurs kann meines Erachtens die Gesellschaft der Neuzeit nicht existiren. Oder soll der Staat zusehen, wenn eine Falschmünzerbande oder eine Band von Mordgesellen ihr Wesen treibt, wenn er die Aussicht hat, durch Absendung eines geschickten Agenten mit Provokationsvollmacht der Sache auf die Spur zu kommen?*)

Von unserem Standpunkte aus ist die Behandlungsweise des Agent provocateur einfach und sicher. Wer bloß einen Versuch begehen will, d. h. wer eine Thätigkeit, die, zu Ende geführt, sich als Delikt darstellen würde, bloß zum Stadium des Versuches bringen will, der hat keinen deliktuosen Dolus**); er hätte ihn nur, sofern

*) Hierin zeigt sich besonders die Unrichtigkeit der gegnerischen Theorie; vgl. Borchert, Strafrechtliche Verantwortlichkeit S. 56 ff., Olshausen, Kommentar S. 211.

**) Wie verhält es sich, wenn ein Delikt vorliegt, von welchem noch nach der formalen Vollendung ein straflofer Rücktritt möglich ist, und der Thäter zwar die formale Vollendung, zugleich aber auch den straflos machenden Rücktritt gewollt hat; z. B. der Thäter wollte Brand an ein Haus legen, den Brand aber noch zu einer Zeit, wo die Situation in seiner Herrschaft ist, löschen (§ 310 R.St.B.)? In solchem Falle ist kein strafbarer Dolus vorhanden, eine Bestrafung wegen Culpa ist natürlich nicht ausgeschlossen. Der Dolus ist deßhalb nicht vorhanden, weil in solchem Falle zwar eine formale Vollendung und ein auf die

der Versuch sich zugleich als selbstständiges Delikt darstellen würde, und er hätte ihn nur bis zu diesem Maße. Daher kann der Agent provocateur nicht strafbar sein, wenn er bloß einen Versuch herbeiführen will, um den Thäter auf dem Versuche zu ertappen. Allerdings kann die Sache dem Agenten über den Kopf wachsen, und es kann sein, daß die besten Maßnahmen nicht verhüten, daß das Stadium des Versuchs überschritten wird; allein dann kann das Uebermaß höchstens zur culpa, nicht zum dolus zugerechnet werden.

Neuerdings hat auch das Reichsgericht den Agent provocateur, welcher bloß einen Versuch beabsichtigt, für straflos erklärt, 17/2. 1887 Entsch. XV. S. 315, und die Entscheidungsgründe enthalten eine treffende Kritik der ganzen bekämpften Anstiftungslehre.

Der Agent provocateur kann die Vollendung des Deliktes verhindern, indem er den Thäter vor dem letzten Akte entlarvt; er kann es aber auch thun, indem er Gegenmittel anwendet, so daß die Handlung des Thäters resultatlos bleibt. Ein solcher Fall liegt z. B. vor: A. verleitet die Mutter zur Aussetzung, bleibt aber selbst in der Nähe zur Ueberwachung der Kinder; in diesem Falle ist die Wirksamkeit der Thätigkeit der Mutter konterbalanzirt, das Kind ist keinen Augenblick ausgesetzt, d. h. ohne Obhut gewesen. Oder es wird durch irgend welche Maßregeln das Selbstgeschoß zum Voraus unwirksam gemacht u. s. w.

Mitunter kann aber die Provokation bis zum vollendeten Delikt führen und doch straflos bleiben: dies gilt bei den Absichtsdelikten, es gilt dann, wenn die faktische Ausführung allein den Thatbestand des Deliktes nicht erfüllt, sondern nur die Ausführung in

---

formale Vollendung gerichteter Wille vorliegt; diese Vollendung ist aber nur aus legalpolitischen Gründen angenommen: nach abstrakter Betrachtungsweise würde die Brandstiftung erst mit dem Momente vollendet sein, in welchem der Brand die Herrschaftssphäre des Thäters überschritten hat. Allerdings hat das Gesetz mit Recht den formalen Moment der Vollendung vorausgerückt auf das Stadium der Inbrandsteckung, d. h. des Inbrandsetzens mit der Wirkung, daß die Zündkraft sich von selbst weiter fortsetzen kann; allein es hat mit ebenso großem Recht für die Gestattung des straffreien Rücktritts den Moment der abstrakten Vollendung festgehalten, also den Rücktritt noch nach der formellen Vollendung gestattet. Daraus folgt aber, daß auch bezüglich des Dolus ein Inbrandstecken mit Rücktritt einem Versuch der Brandstiftung mit rechtzeitigem straffreiem Rücktritt gleichzusetzen ist. Unrichtig Reichsgericht 3/1. 1889 Entsch. XVIII. S. 355.

bestimmter Absicht, sodaß die betreffende faktische Handlung die Dienerin von weitergehenden Plänen sein muß, auf daß der Thatbestand des Deliktes erfüllt werde.*) So ist es beim Diebstahl: einfache Wegnahme erfüllt den Thatbestand nicht, wenn nicht Aneignungsabsicht vorhanden ist; der Betrug setzt die Absicht voraus, sich einen rechtswidrigen Vermögensvortheil zu schaffen, ebenso die Erpressung; die Verfertigung falscher Münzen ist nur dann Münzfälschung, wenn sie in der Absicht erfolgt, die Münzen in Verkehr zu bringen; das Beibringen von Gift muß mit der Absicht geschehen, die Gesundheit zu beschädigen, u. a. Es sind dies, wie oben gezeigt, Fälle, in welchen die Gesetzgebung das Vollendungsstadium im Interesse der besseren Realisirung der Zwecke der Rechtsordnung um einen Schritt zurückdatirt hat, indem sie eine Handlung schon als vollendetes Delikt behandelt, welche erst den ersten Akt des ganzen deliktuosen Dramas erfüllt: so den Diebstahl mit dem 1. Akt, nämlich der Wegnahme, wenn auch der 2. Akt, die Aneignung, erst nachfolgt, u. s. w.: der zweite Akt muß, wenn nicht ausgeführt, so doch mindestens intendirt sein.

Betrachten wir nun den Agent provocateur in solchem Falle, also bei Diebstahl, bei Münzfälschung: so wird derselbe, wenn überhaupt die Vollendung des Deliktes, so doch jedenfalls nur die Vollendung mit Akt 1 (also beispielsweise die Wegnahme) beabsichtigen, während Akt 2 (die Aneignung) nicht in seinem Plan liegt, er vielmehr gerade die entsprechenden Mittel anwendet, daß es bei Akt 1 verbleibt. Daher wird der Agent provocateur nicht wegen Diebstahls bestraft werden, wenn die Wegnahme der Sache und die vollendete Wegnahme der Sache durch den Angestifteten in seinem Plane lag, wenn er aber dafür sorgte, daß der Thäter ertappt wurde, als er mit den von verschiedenen Seiten gestohlenen Sachen in seine Wohnung kam. Und ebenso wird der Agent provocateur nicht wegen Münzfälschung bestraft werden, wenn er auch den Angestifteten zur Herstellung einer vollendeten Münze gebracht hat, sofern er nicht die Verbreitung dieser Münzen wollte: wenn er etwa diese Münze sich einhändigen ließ, um sie als Beweisstück zu gebrauchen u. s. w. So wurde auch in England entschieden in Sache Reg. v. Bannen und Reg. v. Valler: der Fälscher wendete sich an einen Techniker, und

*) Vgl. oben S. 75 ff.

dieser, der Verdacht schöpfte, zeigte die Sache der Obrigkeit an; unter ihrer Oberleitung machte er die Fälschung, was zur Entlarvung führte. Der Fälscher wurde wegen mittelbarer Thäterschaft bestraft (als principal), der Techniker blieb frei.*)

Dasselbe gilt bei dem Markendelikt, sofern der Agent provocateur nur die Bezeichnung der Waare will, aber ohne die Verbreitungsabsicht, wo er im Gegentheil die Verbreitung der so bezeichneten Waare verhindern will.**).

Wo allerdings bereits mit dem ersten Akte das Drama beendet ist, welches die Rechtsordnung als kriminell brandmarkt, sodaß auch nicht einmal ein weiterer Erfolg beabsichtigt zu sein braucht: da ist der Agent provocateur als Thäter zu bestrafen, sofern er die Vollendung gewollt hat. Wer Jemanden anstiftet, den B. zu tödten, um dann mit dem blutigen Haupte des Erschlagenen den Thäter zu entlarven, der ist selbst des Mordes schuldig; wer, um den Thäter als Raufbold zu brandmarken, dem B. eine Tracht Prügel geben läßt, der muß selbst für die Prügel einstehen, — es müßte denn sein, daß er selbst die Prügel auf seinen Rücken nehmen will.

Das geht aber auch alles über die Sphäre des Agent provocateur hinaus. Seine Aufgabe ist es, die Zahl der Schädigungen zu mindern, nicht sie zu erhöhen; er ist daher immerhin für straflos zu erklären, wenn er Jemanden zum Versuche bringt oder zum ersten Akte des Dramas, sofern er den zweiten Akt des Dramas vermeiden will. Sofern aber eine Verletzung der Rechtsordnung schon in sich abgeschlossen ist, ist sie kein geeignetes Ziel des Agent provocateur; das Ziel wäre Delikt und das Wollen des Zieles ein Wollen des Deliktes.

Selbstverständlich gilt letzteres auch dann, wenn bereits der erste Akt des Delikts, auch ohne weitere Absicht, ein delictum sui generis bildet, und die dazu kommende Absicht lediglich das Delikt nach der einen oder anderen Seite hin qualificirt; in solchem Falle wäre der Agent provocateur wegen des einfachen Delikts strafbar, sobald er eben nicht gewollt hat, daß die weitere Absicht sich verwirkliche, er vielmehr die Verwirklichung derselben vereiteln wollte.

---

*) Russel I. p. 160 ff.

**) Vgl. mein Markenrecht S. 384 ff., 388 ff und die hier S. 389 allegirten Entscheidungen.

So verhält es sich mit dem Versicherungsbetruge: die Brandstiftung, welche der Agent erregt, ist ihm zuzurechnen, wenn auch nicht die betrügerische Absicht, sofern es ihm eben darum zu thun war, dieselbe zu vereiteln. Ebenso verhält es sich, wenn er dem Thäter eine Tödtung mittelst Werfen von Dynamitpatronen insinuirte, u. a.

Dem Agent provocateur vergleichbar ist der Gehülfe, welcher Jemandem untaugliche Mittel zum Delikte bietet in der Absicht, daß das Delikt mißlingt.*) In solchem Falle kann der Thäter wegen Versuchs strafbar sein, da er ja das volle Delikt gewollt hat; der Gehülfe aber ist nicht strafbar, da er gewollt hat, daß die That bei dem Versuche stehen bleiben solle: auch die Strafbarkeit des Gehülfen beruht auf seiner selbstständigen Schuld, nicht auf einer Betheiligung an der Schuld des Thäters. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Gehülfe durch Reichung solcher untauglicher Mittel es verhindern wollte, daß der Thäter sich von anderer Seite her taugliche Mittel verschaffe und dadurch zur Vollendung des Deliktes gelange.**) Auch hier würde die Lehre von der Schuldtheilnahme zu irrigen Konsequenzen führen.

§ 7.

Der umgekehrte Fall des Agent provocateur ist der, wenn der Anstifter mit dem Anstiftungsdolus handelt, der Thäter aber bloß ein Thäter mit Scheinwillen ist, nämlich ein Thäter mit dem Willen, lediglich Versuchsakte vorzunehmen in der Absicht, den Anstifter zu compromittiren oder zu entlarven. Hier liegt der Gedanke sehr nahe, solche quasi Angestiftete wie untaugliche Werkzeuge zu behandeln und den Anstifter einem Thäter mit untauglichen Mitteln gleichzustellen.

Allein diese Auffassung wäre verfehlt; die Pseudothäter sind gar keine untauglichen Mittel, sondern sie sind so tauglich, wie über-

*) Anders ist es, wenn Jemand einem Thäter ein taugliches Hülfsmittel gegeben hat, der Thäter aber dasselbe nicht gebraucht. Hier liegt nichtsdestoweniger strafbare Beihülfe vor, sofern nur schon das Haben des Mittels und das Bewußtsein, daß ihm dasselbe zu Gebote stehe, den Entschluß des Thäters bestärkt hat. Es ist dann mindestens psychische Beihülfe gegeben; Voraussetzung ist, daß der Thäter das Hülfsmittel gekannt hat.

**) Vgl treffend Reichsgericht 28/3. 1887 und 29/5. 1888 Entsch. XVI S. 25, XVII. S. 377.

haupt Menschen ihres Schlages zu dem betreffenden Delikte tauglich sind. Wohl aber fehlt es an etwas anderem, es fehlt an dem strafrechtlich qualificirten Handeln der Thäter, es fehlt an einem Handeln der Thäter in Gemäßheit der von dem Anstifter erweckten Motive; es fehlt an dem Kausalzusammenhang zwischen der Wirkungsweise des Anstifters und der Handlung der Thäter. Da nämlich die Angestifteten, d. h. diejenigen, welche angestiftet werden sollten, nicht auf Grund der Anstiftungsmotive handeln, da sie vielmehr, den Einflößungen des Anstifters zuwiderhandelnd, nur gewisse Scheinakte vornehmen, welche nicht die Vollziehung eines dem Anstifter entsprechenden Willens sind: so sind die Scheinhandlungen der Angestifteten nicht mehr als Handlungen des Anstifters zu betrachten, sie sind nicht dem Anstifter zur Last zu schreiben; bezüglich des Anstifters ist es mithin so, als ob diese Scheinhandlungen gar nicht vorhanden wären: sie sind keine Aeußerungen des Willens des Anstifters, sie sind ihm fremd, als von einem anderen Willen dirigirte Akte; sie dürfen daher auch nicht etwa so behandelt werden, als ob der Anstifter selbst diese Akte kraft seines Willens und in Ausführung seines Willens vollbracht hätte, oder als ob der Anstifter durch Werkzeuge, die in seinem Sinne handelten, die Ausführungshandlungen unternommen hätte; dem Anstifter können nur solche Handlungen zugeschrieben werden, welche im Gefolge des von ihm erregten psychischen Causalismus begangen worden sind. Es liegt daher keine Versuchshandlung des Anstifters mit untauglichen Mitteln vor, sondern lediglich eine erfolglose Anstiftung, d. h. eine erfolglose Vorbereitungshandlung, und daran sich anschließend, eine Aktion der Angestifteten, welche mit der Anstiftung in keinem causalen Zusammenhange steht. Es ist also nicht so, als ob der Anstifter einen Stein hervorholen wollte und aus Versehen, an Stelle dessen, mit einem unschädlichen Balle werfen würde; es ist vielmehr so, als ob es ihm nicht gelänge, den Stein herauszuholen und dieser nun von einem Dritten, ohne Wissen des Anstifters, ergriffen und nach irgend einer anderen Richtung geschleudert würde.

? s. p. 121.
s. dag. p. 19 u. passim?
p. 143. u.
p. 154.

§ 8.

Zu ganz seltsamen Resultaten führt die Schuldtheilnahmetheorie, wenn der Anstifter der Verletzte oder bezw. der zu Verletzende selbst ist. A. ist des Lebens müde und will sich durch den B. erschlagen

oder von dem B. vergiften lassen; der Schlag versagt, das Gift bleibt wirkungslos. Hier wird nun allerdings die Sache dann weniger frappant, wenn man der Ansicht ist, daß das Delikt des § 216 nicht als mildere Form des Tödtungsverbrechens, sondern als ein Specialdelikt zu betrachten ist, daß es daher ein bloßes Vergehen bildet, und mithin der Versuch nicht strafbar ist.*) Wäre aber dies nicht der Fall, so müßte man den Lebensmüden selbst bestrafen, weil er an der Schuld des B. theilgenommen hat. Und nimmt man an, daß in solchem Falle der Beibringer des Giftes wegen Vergiftung strafbar ist, so müßte man gleichfalls den A. mitbestrafen; und wollte man sagen, daß es sich um sein eigenes Leben handelt, so müßte man vom Standpunkte der gemeinen Theorie erwidern, daß der A. nicht wegen seiner eigenen That, sondern wegen der That des B. strafbar sei; die That des B. aber ist eine schuldhafte, und an dieser Schuld würde A theilnehmen.

Oder nehmen wir an, daß A den B. veranlaßt, seine, des A.'s eigene Sache zu stehlen, und daß B. die Sache wirklich fortnimmt. Soll man den A. wegen Anstiftung zum Diebstahl bestrafen? Nun wird man hier allerdings entgegenhalten, es sei überhaupt die Strafbarkeit ausgeschlossen, weil A. zur Wegnahme der Sache seine objective Zustimmung gegeben habe. Dies würde aber nicht zutreffen. Abgesehen von der Frage des untauglichen Versuchs, kommt hier in Betracht, daß, wie wir annehmen, der A. nur zur (momentanen) Wegnahme, nicht zur Aneignung der Sache seine Zustimmung gegeben hat; daß er vielmehr gerade den B. ertappen will, nachdem er die Sache weggenommen hat und dieselbe in Sicherheit bringen will**). Mithin sind die objectiven Voraussetzungen für den Diebstahl gegeben.

*) Dies halte ich allerdings für unrichtig.

**) Bekanntlich haben bereits die römischen Juristen diesen Fall erörtert, und ihre Entscheidungen waren keine gleichmäßigen: Illud quaesitum est, cum Titius servum meum sollicitaverit, ut quasdam res mihi subriperet et ad eum porferret (et servus) id ad me pertulerit, ego, dum volo Titium in ipso delicto deprehendere, permiserim servo quasdam res ad eum perferre, utrum furti an servi corrupti judicio teneatur Titius mihi, an neutro. Responsum neutro eum teneri, furti ideo quod non invito me res contrectaverit, servi corrupti ideo quod deterior servus factus non est Gajus III. 198. Anders Pomponius in fr. 46 § 8 de furt.; anders auch Justinian in c. 20 de furt.: furti actione propter dolum suum tenetur, und in § 8 J. de obl. quae ex del.

Und da der Anstifter nicht wegen der eigenen That bestraft würde, sondern wegen der That des Angestifteten, und da er an dessen Schuld theilnehmen würde, so müßte mithin der Anstifter bestraft werden, auch wenn es sich um seine eigene Sache handelte. Die Unhaltbarkeit dieses Standpunktes und die Unvereinbarkeit desselben mit unseren Lebensanschauungen und Lebensinteressen ergibt sich von selbst.

§ 9.

Man hat nun allerdings den Anstifterwillen von dem Thäterwillen unterscheiden wollen, allein mit Unrecht. Der Anstifter will die That, er will sie nur eben durch das Medium des faktischen Thäters.

Dies könnte nur dann Schwierigkeit finden, wenn das Gesetz neben dem auf die That, d. h. auf die Causation gerichteten Willen einen zweiten darüber hinausgehenden Absichtswillen verlangt; und auch hier könnte es nur da Schwierigkeit machen, wo das Gesetz unterstellt oder zu unterstellen scheint, daß dieser Absichtswillen sich auf die Verhältnisse des Thäters bezieht. So wenn die Gesetzgebung Aneignungswillen verlangt; man könnte hier annehmen, daß die Aneignung eine Aneignung des Thäters, des Wegnehmenden an sich selbst sein müsse, weßhalb der Anstiftende zwar als mittelbarer Thäter betrachtet werden könnte, wenn er will, daß die weggenommene Sache ihm selbst angeeignet wird, nicht aber, wenn er beabsichtigt, daß der Thäter die Sache sich selbst zueignet. Daher könnte man in solchem Falle den Anstifter, welcher ja die Sache nicht für sich selbst will, sondern für den Thäter, nicht als intellektuellen Urheber bestrafen; man könnte ihn nur wegen Schuldtheilnahme bestrafen, sofern eben der Thäter den Thäterdolus hat, sofern der Thäter die Sache für sich selbst will und der Anstifter *an dieser Schuld* theilnimmt.

Aber diese Argumentation beruht auf einem unrichtigen Ausgangspunkt.

Es läßt sich kein Grund ersehen, warum derjenige, welcher die Aneignung der Sache an einen Andern will, nicht dem gleichgeachtet werden soll, welcher die Sache sich selbst zueignen will. Denn man merke wohl: Die Aneignung braucht ja nur eine formale zu sein; sie kann sein eine Aneignung, um sofort darüber zu Gunsten eines Dritten zu disponiren; sie kann sein eine Aneignung unter sofortiger

Anweisung an einen Dritten. Sollte es da einen Unterschied machen, ob der Thäter oder der Anstifter die Sache sich zuerst selbst aneignen will, um sie dann dem Andern zuzuwenden, oder ob von Anfang an eine Aneignung an einen Andern geplant ist?

In einer Reihe von Fällen hat die Gesetzgebung mit Recht die Formel gewählt, „um sich oder einem Dritten einen (rechtswidrigen) Vermögensvortheil zu verschaffen", oder ähnlich (§ 253, 263, 266 268, 272, 273, 349), wodurch direkt ausgesprochen ist, daß es nicht in Betracht kommt, an wen die zu erwartenden Vortheile fallen sollen.

In ähnlicher Weise muß aber auch in andern Fällen gefolgert werden; denn hier handelt es sich nicht um eine analoge Ausdehnung, sondern höchstens um eine extensive Interpretation des Gesetzes. So wenn in § 265 von betrügerischer Absicht gesprochen wird: der Versicherungsbetrug setzt nicht voraus, daß der Thäter auch der Versicherte ist, eine betrügerische Absicht liegt auch dann vor, wenn ein Nichtversicherter die Versicherungsgesellschaft in Schaden bringen will, zum Vortheil der Versicherten. Daher ist der dolus vorhanden, wenn ein Nichtversicherter den Versicherten anstiftet, und ebenso wäre umgekehrt der dolus auf Seiten des Thäters vorhanden, wenn auf Anstiftung des versicherten Eigenthümers ein Dritter die Sache in Brand setzen würde; derselbe ist deßwegen durchaus nicht nothwendig als bloßer Gehülfe zu betrachten*)

Wenn ferner in den §§ 331, 332, 334 von Annahme von Geschenken oder anderen Vortheilen die Rede ist, so ist es unerheblich, ob der Betreffende die Vortheile für sich will oder für einen Dritten; und dasselbe gilt, wenn in §§ 257, 258 gesagt ist: „seines Vortheils wegen"; die Gründe sind die gleichen: die bloße Anweisung kann ja den eigenen Vortheil zum bloß formalen machen und ihn schon a limine einem Dritten zuwenden.

§ 10.

Gegen unsere Theorie wendet man nun ferner ein — und dies ist der scheinbar erheblichste Einwand — daß man zu einer That anstiften kann, welche der Anstifter gar nicht begehen könnte. Kann das Weib eine Nothzucht begehen? Und doch kann es zur Noth-

*) Unrichtig Speßhard, Versicherungsbetrug S. 34 ff. 72 ff.

zucht anstiften.*) Ein Nichtbeamter, behauptet man, zu einem Amtsdelikte.**) In dieser Beziehung ist aber zu bemerken:

Handelt es sich um ein von Allen zu respektirendes Rechtsinteresse und besteht das Hinderniß, welches auf der einen Seite dem Delikt entgegensteht, lediglich in der physischen Qualität oder in der rechtlichen Unfähigkeit zur Vollziehung eines Rechtsaktes, so kann allerdings Jemand sich eines Anderen bedienen, in welchem diese Untauglichkeit nicht vorhanden ist, und zwar nicht nur als Anstifter, sondern auch als mittelbarer Thäter. Kann ein Weib nicht direkt nothzüchtigen, so kann sie die Nothzucht dadurch begehen, daß sie durch Hülfe eines wahnsinnigen Mannes oder durch Hülfe eines Mannes, welcher durch eine Drohung im Sinne des § 52 St.G.B. gezwungen ist, eine andere Frauensperson gewaltsam zum concubitus bringt. Ebenso kann der Ehemann nicht selbst Nothzucht (§ 177) an seiner Frau begehen, nicht selbst, d. h. nicht mit seiner eigenen Person; dagegen kann er Nothzucht an ihr begehen durch das Medium eines Andern, z. B. eines Unzurechnungsfähigen, und ebenso kann er selbstverständlich Anstifter und Gehülfe eines Anderen sein.***) Und wer nicht selbst zum Schwure zugelassen wird, kann einen Meineid durch einen Andern schwören, — nicht nur dadurch, daß er ihn anstiftet, sondern auch dadurch, daß er ihn absichtlich in einen Irrthum versetzt, kraft dessen er bona fide einen unrichtigen Eid leistet.†) Allerdings hat für diesen letzteren Fall das St.G.B. in § 160 eine besondere Bestimmung gegeben, welche aber unzutreffend ist; sie beruht auf einem theoretischen Irrthume, welcher sich sogar auf eine bestimmte Schrift zurückführen läßt.

Auch bei den Urkundenfälschungen kommt eine ähnliche Frage in Betracht.††) Die Urkundenfälschung kann nur von einem Andern begangen werden, als Demjenigen, dessen Name die Urkunde tragen

*) Auch das englisch-amerikanische Recht sagt, daß a boy physically incapable or a woman may become a principal offender in rape, by abetting a capable person. Bishop I § 689 p. 414.

**) Literatur über diese Frage bei Hälschner I S. 437.

***) Vgl. Wharton § 1136.

†) Das englische Recht betrachtet diesen Fall als straflos; Wharton § 2281 (II p. 629): if he did not know that the witness would wilfully testify to a fact, knowing it to be false, he cannot be convicted of the crime charged.

††) Vgl. auch Borchert S. 108.

soll, denn eine von der richtigen Person unterschriebene Urkunde ist nicht falsch unterschrieben; wohl aber kann eine Fälschung in der Art begangen werden, daß man sich dieser Person als eines bewußtlosen Mittels bedient: so insbesondere, wenn man Jemanden, welcher besinnungslos betrunken ist, veranlaßt, seinen Namen unter eine Urkunde zu setzen — denn in solchem Fall handelt er nur als Werkzeug des Veranlassers und der Veranlasser ist der wahre Unterzeichner der Urkunde, demjenigen zu vergleichen, welcher Jemanden kraft vis absoluta die Hand zur Unterschrift führt. Anders ist es, wenn der Unterzeichnende weiß, daß er unterzeichnet und wenn er nur über den Inhalt der Urkunde in Täuschung gehalten wird; denn in solchem Falle unterzeichnet der Betreffende zwar im Irrthum — aber er unterzeichnet; insbesondere trägt dieser Fall durchaus nicht die schweren Züge und die gefährlichen Seiten der Blankettfälschung. Allerdings bei dem Blinden kann die Sache besonders gravirend werden, doch ist, ohne gesetzliche Bestimmung, dieser Fall der Urkundenfälschung nicht gleichzustellen. Ebensowenig wäre es Urkundenfälschung, wenn man Jemanden kraft vis compulsiva zur Unterschrift nöthigt; derselbe wird zwar genöthigt zu unterschreiben — aber er unterschreibt.

Höchst interessant sind in dieser Beziehung die Bestimmungen des russischen Entwurfs.*) Nach Art. 49 wird wegen Mißbrauch des Vertrauens bestraft, „wer auf einem Dokumente eine Unterschrift erwirkt zum Nachtheil von geldwerthen Sachen oder Vermögensrechten des Ausstellers und zwar

1. von einer Person, welche sich hierbei, wie der Thäter weiß, in einem Zustande befindet, in dem sie die Bedeutung und den Charakter des unterzeichneten Dokumentes nicht zu erkennen oder ihre Handlungen nicht zu beherrschen vermag."

In gleicher Weise wird Derjenige bestraft, welcher einen noch nicht Volljährigen unter Benützung der Unerfahrenheit oder Unwissenheit zu einer Unterzeichnung verleitet; und ebenso wird der oben bezeichnete Fall der Blinden behandelt.**)

---

*) Gretener, Strafgesetzbuch für Rußland III. Lief. S. 101.

**) Vgl. auch schon Art. 1693 des seitherigen russischen Gesetzbuches, und dazu Gretener S. 106.

Ganz anders verhält es sich aber in solchen Fällen, wo dem Thäter gar nicht die physische oder rechtliche Qualität zur Begehung des Deliktes fehlt, sondern lediglich das Delikt wegen der persönlichen Eigenschaft oder Beziehung einer Person einen anderen Charakter annimmt. In solchem Falle begeht der Anstifter zwar auch durch das Medium des Thäters das Delikt, aber er begeht es als sein Delikt mit seinen Qualifikationen, der Thäter aber begeht es als sein Delikt mit seinen Qualifikationen. So liegen insbesondere die Fälle der Ascendententödtung und des Kindsmords. Wenn das Gesetz den einen Fall als qualifizirt, den andern als minder strafbar erklärt, so geschieht es nicht so, als ob in beiden Fällen besondere Rechte oder Interessen in Betracht kämen — anders geartete, als bei dem gewöhnlichen Tödtungsdelikte — Rechte und Interessen, welche nur dem Descendenten und bezw. der Mutter als Thäterin erreichbar wären. Sondern es besteht für gewisse Personen eine besondere Compelle, sich einer Verletzung der menschlichen Persönlichkeit zu enthalten, und es bestehen für gewisse Personen, unter ihren besonderen Verhältnissen, bedeutsame Gründe, welche eine mildere Beurtheilung der That erheischen; es ist also lediglich ein persönliches Postulat, welches erhöht oder gemindert ist, und diese persönliche Compelle betrifft daher nur die betreffende Person selbst. Es handelt sich nicht darum, daß etwa im Falle der Ascendententödtung oder der Kindstödtung in besondere Rechtsgebiete eingegriffen würde, in welche ein Dritter, ein Nichtverwandter, durch das Medium eines Verwandten eingreifen könnte, so daß seine Schuld und seine Strafe nach diesem besondern Rechtsgebiete zu beurtheilen wäre — es handelt sich um Rechtsgebiete, die für alle Personen verletzlich sind, aber doch so, daß der einen Person ein stärkeres ethisches Soll entgegenschlägt, als der anderen. *)

Noch sicherer ist es, daß andere straferhöhende oder mildernde Momente lediglich persönlich sind; so die Gewerbsmäßigkeit **), so der

*) Sollte nun aber beim Kindsmord nicht auch Rücksicht genommen werden auf die Mutter oder die Schwester der Kindsmörderin, welcher die Schande ihrer Verwandten zu Herzen geht? Sollte nicht auch hier eine entsprechende Milderung der Tödtungsstrafe angezeigt sein? Wirklich bestimmt solches das italienische Strafgesetz Art. 369.

**) Reichsgericht 20./5. 1881. Entsch. IV S. 184, ferner 6./12. 1887, Goltdammers Archiv XXXV S. 407 ff.

Rückfall, so der Strafmilderungsgrund des § 157 Z. 1 *); daher kommen die dem einen Theilnehmer zugebilligten mildernden Umstände nur diesem zu gute und dürfen nicht auf die andern Theilnehmer ohne Weiteres mitbezogen werden. **)

Noch anders ist es, wenn ein Delikt gar nicht gegen ein allgemeines „Rechtsgut" gerichtet ist, sondern lediglich gegen eine persönliche Beziehung, in welcher der Einzelne steht; so daß die persönliche Beziehung nicht bloß eine Erschwerung oder Milderung, sondern die Voraussetzung des Deliktes selbst darstellt. In diesem Falle kann von einer Haftung des Anstifters keine Rede sein; denn ihm ist die persönliche Beziehung fremd: er kann sie nicht verletzen, er kann sie auch nicht verletzen durch das Medium eines Dritten: die Beziehungen sind nicht seine Beziehungen. Dies kommt insbesondere in Betracht bezüglich der Amtsdelikte. Hier ist die Frage präjudiziell, ob dieselben gegen ein „Rechtsgut" gerichtet sind, welches, allerdings nur mit Hülfe eines Beamten, aber mit dieser Hülfe auch durch einen dritten Nichtbeamten getroffen werden kann, oder ob bloß gegen eine persönliche Beziehung, in welcher der Beamte zum Staate steht. ***) Würden wir das Erstere annehmen, so müßten wir nicht nur den Anstifter der Rechtsbeugung wegen Rechtsbeugung bestrafen; wir müßten auch Denjenigen in gleicher Weise bestrafen, welcher den Richter vorsätzlich getäuscht und ihn dadurch wider Willen zu einem ungerechten Urtheil geführt hat; man müßte auch Denjenigen mit Zuchthaus bis zu 15 Jahren bestrafen, welcher durch falsche Angaben vorsätzlich einen Unschuldigen in Untersuchung gebracht und sich des Richters zu diesem Zwecke bedient hätte. Dies würde offensichtlich dem gesetzlichen Gedanken widersprechen. Daher kann das in unserer Gesetzgebung vertretene strafrechtliche Prinzip nicht das genannte sein. Vielmehr beruhen die Amtsvergehen auf einer Verletzung der sub-

*) Vgl. Reichsgericht 10./8. 1881. Entsch. IV S. 377.

**) Obertrib. 1./2. 1878, Stenglein N. F. VIII S. 74.

***) Vgl. darüber die interessanten, aber m. E. nicht durchschlagenden Ausführungen von Oppenheim, Rechtsbeugungsverbrechen S. 11 ff. Vorzüglich sind die Ausführungen Köstlins, System I S. 318; vgl. auch S. 285.

Treffend auch die Motive zum russischen Entwurf bei Gretener I S. 195 ff. (mit Bezug auf die russische Praxis). Unrichtig Reichsgericht 22./6. 1882. Entsch. VI S. 414.

jektiven Amtspflicht, und die Unterscheidung zwischen Amts- und Disziplinarvergehen ist nicht so zu fassen, daß die ersteren gegen ein objektives Rechtsgut, die letzteren gegen die Beamtenpflicht gerichtet wären; sondern die Verletzung der Beamtenpflicht wird zum Amtsvergehen, wenn dieselbe wesentliche Interessen der Menschheit verletzt: so wesentliche, daß die bloße disziplinäre Ahndung nicht als ausreichend erscheint; es handelt sich um Pflichtwidrigkeiten, welche nicht nur dazu beitragen, daß der Berufsstand weniger leistet, als er leisten sollte, sondern um Pflichtwidrigkeiten, welche eine wesentliche Schädigung der dem Berufsstande überantworteten menschlichen Interessen involvirten; daher werden hierbei immerhin menschliche Interessen betroffen, aber sie werden dadurch betroffen, daß die Amtspflicht verletzt, daß gegen die Berufsstellung gesündigt wird.

Daraus ergibt sich von selbst, daß weder von einer Anstiftung, noch von einer Beihülfe oder von einer indirekten Thäterschaft eines Nichtbeamten bei einem Amtsdelikte die Rede sein kann, da ein Nichtbeamter keine Berufspflicht hat, welche er in leichter oder schwerer Weise, mit geringerem oder höherem Erfolge verletzen könnte. Die Beamteneigenschaft ist daher eine persönliche Qualifikation, welche zu dem Beamtendelikte erforderlich ist; sie ist erforderlich, um ein gewöhnliches Delikt zum Amtsdelikte zu machen; sie ist auch erforderlich, um etwas, das sonst kein Delikt wäre, zum Delikt zu erheben.

Umgekehrt ist es bei der Gefangenenbefreiung, bei welcher die persönliche Beziehung nicht die That zum Delikte erhebt, sondern sie von der Zahl der Delikte streicht. Das Delikt ist nämlich gegen die staatliche Autorität gerichtet, und zwar gegen die staatliche Autorität in ihrer Richtung auf eine dritte Persönlichkeit, nicht in ihrer Richtung gegen den Thäter selbst: soweit der Thäter sich der gegen ihn selbst gerichteten staatlichen Autorität widersetzt, treten andere Gesichtspunkte ein und sind specielle Deliktstrafen statuirt. Es ist daher unrichtig, wenn das Reichsgericht angenommen hat*), ein Gefangener könne wegen Anstiftung zu seiner eigenen Befreiung haftbar werden: der Gefangene, welcher zu seiner eigenen Befreiung anstiftet, steht dem Gefangenen gleich, welcher sich selbst befreit.

*) Reichsgericht 29. November 1880, Entsch. III. S. 140. Vgl. darüber auch Kries, Z. f. ges. Strafrechtsw. VII. S. 535 ff.

Eine ähnliche Betrachtung waltet bei der Kuppelei ob. Kuppelei ist Beförderung der fremden Unzucht, die Beförderung der Unzucht zweier anderer Personen. Die Gesellschaft geht davon aus, daß, wenn auch die Unzucht zweier Personen an sich nicht strafbar ist, es doch strafbar sein soll, die Unzucht anderer Personen noch künstlich zu nähren; die Gesetze bedrohen die künstlichen Brutstätten des Lasters. Was hier einen Jeden zurückhalten soll, ist sein persönliches Verhältniß zur Zucht anderer Personen: die Zucht anderer Personen ist das Noli tangere. Die Kuppelei ist ein Delikt gegen die Sittlichkeitsinteressen der Menschheit, aber gegen die Sittlichkeitsinteressen in der Beziehung, daß die Sexualität des einen Personenpaares nicht durch Andere in ungehöriger Weise unterstützt wird. Daher versteht es sich von selbst, daß die Kuppelei immer nur Kuppelei bezüglich fremder Unzucht, d. h. bezüglich der Unzucht fremder Paare sein kann, nicht auch Kuppelei bezüglich der eigenen Unzucht. Daher kann auch Niemand zur Kuppelei anstiften, sofern seine eigene Unzucht in Frage steht.*) Wer sich seiner Unzucht halber einer Entremetteuse bedient, der thut nichts anderes, als wer unmittelbar zur Unzucht geht; von einer strafbaren Anstiftung kann keine Rede sein: denn das persönliche Verhältniß zur Zucht anderer Paare wird hier nur von der Entremetteuse verletzt, es wird nicht verletzt von dem Anstifter, der nur seine eigene Zucht oder Unzucht beeinflußt hat. Insbesondere gilt dies auch, was die Voraussetzungen der Gewohnheitsmäßigkeit und des Eigennutzes betrifft. Wäre auch das Vorige nicht richtig, so müßte doch schon deßhalb der Anstifter straflos bleiben, weil ihm die persönlichen Eigenschaften des Eigennutzes oder der Gewohnheitsmäßigkeit fehlen. Zu einem anderen Resultate kommt man nur mit der Annahme der Schuldtheilnahme; aber diese führt auch hier zu Unrichtigkeiten, sie würde dahin führen, daß auch sonst die Gewohnheits- oder Gewerbsmäßigkeit des Thäters dem Anstifter zur Last fiele.

Aus der richtigen Theorie der intellektuellen Urheberschaft ergibt sich von selbst der Satz, daß Derjenige, zu dessen Gunsten eine Gesetzesbestimmung ist, also Derjenige, welcher durch das Gesetz gegen Ausbeutung oder Vergewaltigung geschützt werden soll, nicht als Anstifter (oder Gehülfe) bestraft werden kann: denn er kann nicht wegen

*) Unrichtig Reichsgericht 14. Juni 1881, Entsch. IV. S. 252.

Deliktes gegen sich selbst gestraft werden, und als intellektueller Urheber wäre er ja Thäter gegen sich selbst; dies gilt vom Falle der Ausbeutung Minderjähriger, wie vom Falle der Unzucht mit Kindern unter 14 Jahren u. a.*)

Sehr leicht erledigt sich endlich von unserem Standpunkte die internationale Frage, ob ein Inländer im Inlande strafbar ist, wenn er im Auslande einen Ausländer zur Begehung eines Verbrechens im Auslande anstiftet.**) An der Strafbarkeit des Inländers kann gar nicht gezweifelt werden; es könnte aber selbst nicht auf dem Boden der entgegengesetzten Ansicht, der Ansicht von der Schuldtheilnahme, gezweifelt werden, da ja die Bestimmungen über das internationale Strafrecht nur das jus puniendi des Inlandes berühren, nicht die Frage der Schuld und der Kausalität, mithin ein Inländer auch wegen Theilnahme an einer im Auslande manifestirten Schuld eines Ausländers zu bestrafen wäre.

Ueber die interessante Seite, welche unsere Lehre bei den Konkursdelikten aufweist, ist anderwärts zu handeln.

§ 11.

Man könnte dem Ausgeführten allerdings den § 50 R.St.G.B. entgegenhalten und auf Grund desselben zwischen den zweierlei Fällen unterscheiden, den Fällen, in welchen eine Qualification überhaupt erforderlich ist, um eine Handlung zum Delikte zu stempeln, und den Fällen, in welchen die Qualifikation nur ein erschwerender Umstand ist. Allein solches wäre eine unzulässige Interpretation.***) Es würde dazu führen, daß, wenn etwa die Unzuchtsbeförderung, bezüglich welcher weder Eigennutz noch Gewohnheitsmäßigkeit vorliegt, mit

*) Vgl. darüber Kries, Z. f. Strafrechtswiss. VII. S. 527 ff.

**) Vgl. auch Kries, Zeitschr. f. ges. Strafrechtsw. VII. S. 557 ff.

***) Richtiger sagt der a. 50 des holländischen Strafgesetzbuchs: De persoonlijke omstandigheden waardoor de strafbaarheid uitgesloten verminderd of verhoogd wordt, komen bij de toepassing der strafwet alleen in aanmerking ten aanzien van dien dader of medeplichtige wien zij persoonlijk betreffen. Aehnlich das Ungarische R.G.B. v. 1878, § 74: Persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse eines Thäters oder Theilnehmers, welche die Strafbarkeit der verübten Handlung ausschließen, die Strafe mildern oder erschweren (nach Uebersetzung Steinbachs, Wien 1879).

einer geringen Polizeistrafe belegt wäre, der Anstifter zur Kuppelei bezüglich seiner eigenen Unzucht nur nach dem milderen Maße strafbar wäre, da, wenn auch der Thäter, so doch nicht er eigennützig oder gewohnheitsmäßig gehandelt hat; während er, wenn die einfache Unzuchtsbeförderung straflos ist, als Anstifter mit Gefängniß bis zu 5 Jahren bestraft werden müßte: denn jetzt wären Eigennutz oder Gewohnheitsmäßigkeit keine verschärfenden Qualificationen, sondern Voraussetzungen der Strafbarkeit überhaupt, bezüglich welcher der § 50 nicht gelten würde. Solches kann unmöglich richtig sein. Der richtige Sinn des § 50 R.St.G.B. ist es vielmehr, daß allerdings der Anstifter bestraft wird, welcher indirekt, durch Vermittlung einer anderen Person (durch das Medium des Angestifteten) Rechte, Rechtsinstitute oder Rechtsinteressen trifft, welche er zu respektiren hat und welche auch für ihn Gegenstand der Verletzung sein können; und er wird bestraft, auch wenn ihm das betreffende Angriffsobjekt nur durch Vermittlung einer dritten Person zugänglich war: denn hier handelt es sich um faktische Umstände, welche nur die Erreichbarkeit des betreffenden Objekts in Frage stellen; das sind faktische Elemente des Deliktes, welche bei dem Anstifter nicht vorhanden zu sein brauchen, bezüglich welcher es genügt, wenn sie bei einem anderen Theilnehmer vorhanden sind, durch dessen Medium das betreffende Recht oder Interesse erreicht wird. Wo dagegen nicht die Erreichbarkeit des „Rechtsgutes" durch die persönliche Eigenschaft bedingt ist, sondern wo die maßgebende Beziehung, um deren Verletzung es sich handelt und deren Verletzung das Delikt involvirt, überhaupt nur für die betreffende qualificirte Person vorhanden ist; oder wo das betreffende Recht oder Interesse für die eine Person in mehr oder minder frappanter und beherzigenswerther Weise vorhanden ist, wo bezüglich der einen Person ein stärkeres noli me tangere besteht, als bezüglich der anderen — da muß der Satz gelten, daß eine jede Persönlichkeit nur soweit verantwortlich ist, als das betreffende „Gut" *) für sie vorhanden oder für sie in einer mehr oder minder verletzbaren Weise vorhanden ist. Das ergibt sich auch aus dem Zusammenhalte des § 50 mit dem § 247 R.St.G.B.**). Ist auch im § 247 nur ein

*) Ich spreche hier von Gut und Rechtsgut der leichteren Darstellung halber, obgleich ich sonst diese Ausdrucksweise nicht befürworte. Vgl. unten S. 160 ff.

**) Vgl. auch Goltdammer, Materialien I. S. 317 ff.

Detailfall erwähnt, so ergibt sich aus dem Zusammenhalte mit § 50 doch das sichere Prinzip, daß das Gesetz die Zusammengehörigkeits-eigenschaften, welche für die Bestrafung von Bedeutung sind, für jeden Theilnehmer besonders behandelt wissen will. Und daß in § 50 bloß von Erhöhungs- und Verminderungseigenschaften und -Verhältnissen die Rede ist, ist leicht erklärlich, da einerseits gerade diese Eigenschaften besonders hervortreten, andererseits es höchst unrichtig wäre, wollte man die beiden eben scharf unterschiedenen Fälle verwechseln: den Fall, bei welchem ein „Rechtsgut" nur für die eine Person existirt, mit dem anderen Falle, wo das „Rechtsgut" für alle existirt, aber nur durch das Medium einer bestimmt qualificirten Person erreichbar ist. Es wäre unrichtig, anzunehmen, daß ein Eidesunfähiger nicht zu einem falschen Zeugeneid, ein Nichtehegatte nicht zum Ehebruch, ein Nichtverwandter nicht zum Incest, ein Weib nicht zur Nothzucht anstiften könnte. Und eben dieses Mißverständniß sucht das Gesetz zu vermeiden.

§ 12.

Die Anstiftung kann auch eine mittelbare sein; z. B. A. stiftet B. an, daß dieser den C. anstiften soll; oder A. stiftet den B. an, daß dieser dem C. helfen soll.*) Daher ist es möglich, daß Jemand Anstifter ist, wenn er den Thäter gar nicht gekannt hat. Entsprechend sagt auch die Indian Penal Code a. 108, Explan. 5: It is not necessary to the commission of the offence of abetment by conspiracy that the abettor should concert the offence with the person who commits it.

Alles dieses ganz entsprechend. Wie sich der Anstifter eines direkten Werkzeugs bedienen kann, so auch eines indirekten, und es ist auf solche Weise möglich, dritte Personen zu Werkzeugen des Delikts zu gewinnen, welche dem Anstifter ganz ferne stehen. Es ist auch möglich, daß der Anstifter seinen ersten Angestifteten überedet, das Verbrechen begehen zu lassen, daß er aber demselben die Art des Begehens, und insbesondere die Person des physischen Thäters völlig überläßt. Auf solche Weise ist eine Anstiftung einer persona

*) Ebenso sagt auch das englische Recht, daß der accessary des accessary zugleich accessary des principal ist, Bishop I § 677. Vgl. auch Wharton § 134 I p. 143: The procurement need not be direct; it is sufficient if one or more persons become the medium through whom the work is done.

incerta möglich, indem man zuerst eine persona certa anstiftet und es dieser überläßt, durch Wahl einer weitern Person die Vollbringung des Deliktes herbeizuführen.

§ 13.

Auch der Exceß des Angestifteten muß im Lichte dieser Betrachtungsweise erkannt werden. Der Anstifter haftet für den Angestifteten, sofern dieser im Wesentlichen den ihm eingegebenen Entschluß ausführt, auch wenn er denselben in dem einen oder anderen variirt hat; auch bei dem mittelbaren Thäter verhält es sich so, es verhält sich so bei der Benützung eines sonstigen lebenden oder unbelebten Werkzeugs: niemals kann der Thäter seiner Sache so sicher sein, daß nicht bei der Ausführung in der einen oder andern Richtung eine Variation eintritt; sobald diese im wesentlichen mit seinem Willen harmonirt, muß er sich das Resultat zum Dolus zurechnen lassen*)

So hat insbesondere der Anstifter dafür einzustehen, wenn der Thäter in der Hitze der That über den vom Anstifter geplanten Erfolg hinausging; vorausgesetzt wird dabei, daß er diesen Erfolg mit einer solchen Wahrscheinlichkeit vorausgesehen hat, daß er dafür als doloser Thäter haften müßte, wenn der Erfolg durch das Medium eines leblosen Werkzeuges bewirkt worden wäre**). Denn, wie bereits oben (S. 82 ff.) bemerkt: was den Exceß betrifft, ist auch von Seiten des Anstifters nicht Absicht erforderlich, sondern bloß Vorsatz. Liegt der Fall so, daß einem direkten Thäter ein solcher Erfolg nur zur Fahrlässigkeit zuzuschreiben wäre oder daß ein solcher Erfolg auch ohne Voraussehbarkeit eine Erschwerung des Delikts bildet (wie bei § 224): so ist derselbe in gleicher Weise auch dem Anstifter zur Last zu legen, aber auch nur in gleicher Weise. Hat also der Anstifter den A. veranlaßt, den X. zu prügeln und hat dieser ihn in der Hitze der That — gegen alle Verabredung — todt geschlagen, so haftet der Anstifter wegen Körperverletzung mit darauffolgendem Tode — wie er haften würde, wenn er selbst prügelte und, ohne seinen Vorsatz, in Folge unglücklicher Konstellation der Verhältnisse denselben tödtete.

---

*) So auch das englische Recht, Russell I p. 169 ff., Stephen a. 40. 41 p. 33, Wharton § 134.

**) Stephen a. 41 p. 33.

Weiter ging der Zanardelli'sche Entwurf a. 65: Le circostanze materiali che aggravano la pena, — — stanno a carico anche di coloro che le conoscevano nel momento in cui sono concorsi nel reato, e di coloro che le potevano prevedere come conseguenza diretta del reato concertato.

Diese Bestimmung wollten die Motive erklären wie folgt*): come dolosa è la causa, così è doloso l'effetto, se non preveduto, ben facilemente prevedibile quale naturale conseguenza della causa stessa. Damit begaben sich die Motive auf einen Standpunkt, der unserem Rechte fremd, welcher aber dem englisch-amerikanischen Rechte vertraut ist, wornach es Demjenigen, der einen Andern mit rechtswidriger Absicht angreift, zum dolus zugeschrieben werden soll, wenn er ihn tödtet, sofern er die Tödtung hätte voraussehen sollen.**)

In der That hat nun das Gesetz in a. 66 den ganzen Schlußsatz mit Recht gestrichen; es sagt: stanno a carico anche di coloro che le conoscevano nel momento in cui sono concorsi nel reato.

Unserem Rechte conform ist das holländische Gesetzbuch a. 47, wornach den Anstiftern die Handlungen zur Last gelegt werden: die zij opzettelijk hebben uitgelokt, benevens hare gevolgen. Die letzten Worten sind trotz starker Opposition mit Recht beibehalten worden***). Etwas anders der spanische Entwurf (a. 26): Die Anstifter haften auch für die Consequenzen, wenn racionalmente hubieran debido prevederlos.

Zutreffender und bezeichnender sagt das Argentinische Strafgesetz a. 34, daß der autor principal hafte: de todo crimen o delito que resulte como consecuencia del hecho ordenado, y que se imputaria al mandante si el mismo hubiese ejecutado el crimen o delito.

Dieselben Grundsätze gelten, wenn der Thäter aus Versehen eine andere Person trifft, als der Anstifter will†). Der Fall kann

*) Auch in der Rivista ponale XXVII p. 246.

**) Wharton § 997. Vgl. oben S. 69 ff.

***) Vgl. hiezu van Emden p. 107 ff. Aehnlich Bestimmung bezüglich der Beihülfe (medeplichtigheid) in a. 49.

†) Wharton § 134. Die Literatur zum Prozesse Rose-Rosal braucht nicht erwähnt zu werden.

hier ein doppelter sein; entweder mißversteht der Thäter den Anstifter und glaubt, der Anschlag sei gegen eine andere Person gewendet, welche er daraufhin zum Gegenstande seines Angriffs macht; oder er sieht es auf die richtige Person ab, tödtet aber eine andere Person, die er aus Versehen für die richtige hält. Der erstere Fall entspricht der Aberratio ictus, er entspricht der Deliktsform, die sich ergibt, wenn ich ein Selbstgeschoß des A. halber lege und dieses den B. tödtet. Der andere Fall ist dem Error in persona verwandt, sofern man nämlich sagen kann, daß der intellektuelle Urheber durch das Medium des Thäters sehe und sich versehe. In beiden Fällen aber ist der intellektuelle Urheber wegen vollendeten Verbrechens zu bestrafen; es ist unrichtig, wenn man zwischen Error in persona und Aberratio ictus einen grundsätzlichen Gegensatz statuiren will. In beiden Fällen ist es so, daß der individuelle Wille des Thäters nicht so, wie er innerlich gebildet ist, zum Ausdrucke kommt, daß aber ein (strafrechtlich) vollkommen äquivalirendes Resultat entsteht. Jeder Thäter muß aber dafür einstehen, wenn seine That zwar nicht so wie er sich vorgesetzt hat, zum Ziele kommt, aber so daß an Stelle des Geplanten ein strafrechtliches Aequivalent sich ergibt. Insbesondere ist es unrichtig, den Fall des Error in persona in der Art auszuscheiden, daß hier, im Moment der That, der Wille gerade auf die vor dem Thäter stehende Person gerichtet wäre, daß daher die That dem Vorsatz entspreche, nicht ein bloßes Aequivalent desselben darstelle: denn wenn ich den vor mir stehenden tödten will als den A., indem ich ihn für den A. halte, so ist die Persönlichkeit des A. ein so wesentliches Element in dem Willen des Thäters, daß, wenn die objektive That auf den Nicht-A. gerichtet ist, dieselbe sich durchaus nicht mit dem Willen deckt; sie deckt sich mit dem Willen nur insofern, als es That und Wille mit der vor dem Thäter stehenden äußerlichen Erscheinung zu thun haben — aber die äußerliche Erscheinung ist nicht das Ziel des relevanten verbrecherischen Willens, sondern die von dieser äußerlichen Erscheinung verschiedene Persönlichkeit des A.; auf die äußere Erscheinung ist nur der Ausführungswille gerichtet, nicht der Grundwille, wie dies ja auch bei den civilistischen Aktionen und ihren Folgen klar zu Tage tritt. Daraus ergibt sich mit Sicherheit, daß, wenn Jemand trotz dieser Personenverwechslung für die That haften muß, diese Haftung auf dem Satze der Aequivalenz beruht. Nimmt

man aber hier an, daß das Aequivalent dem Thäter angerechnet werden muß, so muß man es ebenso bei der Aberratio ictus thun. Dies ist auch die Auffassung des englischen und amerikanischen Rechts *).

§ 14.

Aus dem Gesagten ergibt sich auch, daß die bloße Revocation des Auftrages den Anstifter von der Haftung nicht entbinden kann; sie wirkt nur, wenn mit der Revocation zugleich die Motive lahm gelegt werden, so daß, wenn der Angestiftete die That doch vollbringt, er sie nicht mehr aus den durch den Anstifter erregten Motiven thut. Ist dies unmöglich, so ist eben die Revocation unmöglich; es ist eben dann nur noch das eine möglich, nämlich die That selbst zu verhüten und dadurch die erregten Motive wirkungslos zu machen. So sagt auch der spanische Entwurf a. 28: Los que indujeren a otros a cometer un delito o falta, estaran exentos de toda pena, si espontaneamente y antes de que se diere principio a la ejecucion del hecho criminal lo impidieren. Anzunehmen, daß eine jede Revocation die Anstiftung aufhebe und das Band zwischen dem Angestifteten und dem Thäter durchbreche, ist nichts anderes als die unrichtige Uebertragung civilistischer Verhältnisse auf das Criminalrecht: wenn ich den Blutdurst gereizt habe, bin ich dann noch Herr der Situation, um durch ein bloßes Wort das lebendige instrumentum sceleris zur Ruhe zu bringen? Gewiß nicht. Noch mehr muß angenommen werden, daß eine Revocation unwirksam ist, wenn sie, auch in Folge gar nicht voraussehbarer Umstände, nicht mehr rechtzeitig an den Thäter gelangt **). Wohl aber ist es gerechtfertigt, wenn das schwedische Gesetz (Kap. 3 § 1) die Strafe zu Gehülfenstrafe mindert, falls der Anstifter rechtzeitig, solange eine Verhütung noch möglich war, alles that, um das Delikt zu verhüten. Der russische Entwurf a. 47 nimmt in diesem Falle allerdings Strafloſigkeit an.

Dagegen kommt umgekehrt der Rücktritt des Thäters vom Versuch allen Theilnehmern, auch dem Anstifter zu gut ***). Denn der

*) Wharton § 965 (II p. 34): if. A. give a poisoned apple to B., intending to poison her, and B., ignorant of it, give it to a child, who took it and died; this is murder in A.

**) Vgl. auch Haus I nr. 485.

***) Unrichtig Reichsgericht 6./6. 1882 und 15./3 1886, Entsch. VI S. 341, XIV S. 19. Vgl. jetzt auch Herzog, Rücktritt vom Versuch S. 261 ff. cf. 168 ff.

Rücktritt ist eine Löschung des durch den Versuch Gesetzten, eine Löschung, welche deßwegen möglich ist, weil das durch den Versuch Gesetzte überhaupt nur problematisch gesetzt ist, und weil durch diesen Rücktritt zugleich bekundet wird, daß es dem Thäter im richtigen Moment an der richtigen Energie fehlte, welche zur Durchführung nöthig ist. Dagegen würde ein rechtzeitiges Dazwischentreten des Anstifters, welches die Fortentwickelung des Versuchs verhinderte, nur dem Anstifter zu gute kommen. Wie es allen Theilnehmer nützt, wenn der Thäter nicht zum strafbaren Versuche gelangt, so nützt es allen, wenn der Thäter das von ihm Gesetzte wieder aufhebt; der Anstifter aber kann nur das von ihm selbst Gesetzte aufheben, d. h. er kann nur die That negiren, soweit sie ihn selbst betrifft.

§ 15.

Eine besondere Frage bietet sich bei der Anstiftung zum Selbstmord*). Geht man hier von der wörtlichen Ausdrucksweise des Gesetzes aus, so kommt man zur Strafloſigkeit des Anstifters; deßgleichen, wenn man sich der Ansicht hingibt, daß der Anstifter nur kraft der Schuldtheilnahme bestraft wird; denn man sagt: Der Selbstmord ist nicht etwa eine kriminelle Handlung, die aus besonderen Gründen straflos bleibt, sondern er ist eine rechtlich indifferente Handlung, mithin müsse auch die Anstiftung straflos bleiben. Geht man aber von unserer Anschauung der intellectuellen Urheberschaft aus, so muß der Anstifter als strafbar erscheinen, weil er den Thäter durch das Medium seiner selbst getödtet hat; wobei allerdings die mildere Behandlung der Tödtung eines Einwilligenden in der Regel zutrifft; denn wenn auch diese Einwilligung durch Einflüsterungen veranlaßt worden ist, so ist sie doch vorhanden, und es ist jedenfalls sicher, daß der Getödtete nicht gegen seinen Willen vergewaltigt worden ist**).

*) Vgl. darüber und zum folgenden auch Binding, Handb. des Strafrechts I S. 699 ff.

**) Daraus ergibt sich auch die Strafbarkeit des sog. amerikanischen Duelles: Dasselbe ist als Tödtung eines Einwilligenden zu bestrafen, also nach Maßgabe des § 216 St.G.B. Unter Umständen würde allerdings die schwere Tödtungs- (Mord)strafe zutreffen, nämlich dann, wenn die Einwilligung des Selbstmörders durch Drohung erpreßt wäre; so z. B. durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr an Leib und Leben eines Angehörigen, oder auch durch Drohung

Daß eine solche Strafbarkeit aber völlig in dem Charakter der That begründet ist, leuchtet ein. Sollte derjenige, welcher einen Todtkranken auf sein inständiges Bitten durch eine Injection aus dieser Welt befördert, gestraft werden, nicht aber derjenige, welcher einen Lebenslustigen durch ständige Ein- und Zuflüsterung, durch physische und psychische Aufregungen in Selbstmordgedanken versetzt, durch falsche Nachrichten sein Leben knickt, und nachdem er ihn auf diese Weise vorbereitet hat, ihm die schwärzesten Selbstmordgedanken einflößt, ihm auch die Mittel des Selbstmordes bereit legt?

Ist aber diese Betrachtungsweise richtig, so ist dies wieder eine neue Bestätigung für unsere Anschauung von der Anstiftung. Und dieselbe bewährt sich noch durch folgende Erwägung:

Man bestraft sicher denjenigen als Mörder, welcher einen Wahnsinnigen absichtlich in die Lage bringt, daß er sich den Hals abschneidet, oder welcher Jemanden absichtlich von der Unschädlichkeit eines Mittels überredet, in der Ueberzeugung, daß er sich dadurch tödten wird*). Nun liegt allerdings die Sache hier insoweit anders, als in solchen Fällen von einer Einwilligung des Getödteten keine Rede ist. Aber von diesem differenzirenden Punkte abgesehen, ist der Fall beide male gleich frevelhaft und strafwürdig, und es muß daher auch hiernach die Anschauung, welche zu einem dem Rechtsgefühl mehr entsprechenden Resultate führt, den Vorzug verdienen.

Auch das neue italienische Strafgesetz bestimmt in a. 370: Chiunque determina altri al suicidio o gli presta aiuto è punito, ove il suicidio sia avvenuto, con la reclusione da tre a nove anni; ähnlich behandelt das argentinische Gesetzbuch a. 220 denjenigen, que a sabiendas preste a otro medios para que se suicide, sowie denjenigen, que lo ayude a la ejecucion del homicidio cooperando, personalmente; und bezüglich des englischen Rechts wird alsbald (S. 151 ff.) das nöthige entwickelt werden.

Allerdings darf man bei der Anstiftung zum Selbstmord nicht vergessen, daß die Anstiftung nicht bloß Bewußtsein, sondern Absicht

---

mit der Entehrung, sofern dieselbe als geeignet erscheint, den Widerstand zu brechen. Denn eine Einwilligung, welche nur auf solche Instanzen hin gegeben wird, ist nicht als Einwilligung zu betrachten, welche das Beneficium des § 216 schafft.

*) Vgl. Borchert S. 107 ff.

vorausſetzt. Die Behandlung eines Anderen wird nicht zur Theilnahme am Selbſtmord, wenn auch der betreffende im Bewußtſein gehandelt hat, daß der Andere den Fall nicht überſtehen und ſich ſelbſt tödten werde*). Eine Geliebte, welche den Liebhaber verläßt oder umgekehrt, kann nicht deßhalb wegen Anſtiftung zum Selbſtmord verantwortlich ſein, weil ſie vorausgeſehen hat, daß der andere Theil ſich ein Leides anthun werde. Aber auch die Abſicht genügt nicht, ſobald Jemand nichts weiteres gethan hat, als was in ſeiner Berechtigung ſtand. Wenn A. ſeine Geliebte verſtößt, wenn auch in der Abſicht, daß ſie ſich das Leben nehmen ſolle, ſo kann er nicht ſchon wegen des bloßen Verſtoßens als Anſtifter beſtraft werden; ebenſo wenig als wenn er dem Bettler die Unterkunft verweigert, ſollte er es auch in dem Bewußtſein, ja in der Abſicht thun, daß derſelbe bei dem Y. einbrechen möge. Es kommt hier ganz beſonders das Princip zur Geltung, daß eine Handlung, welche als Handlung des Lebens ihre Berechtigung hat, nicht deßhalb als Anſtiftungshandlung erachtet werden kann, weil ſie mit dem Bewußtſein, ja mit der Abſicht begangen wurde, in einem Andern die Begierde zur Uebelthat zu erregen — wie ſolches bereits oben (S. 89) ausgeführt worden iſt. Die Verkennung dieſes Satzes würde gerade hier zu den chineſiſchen Zuſtänden führen, wo es das häufigſte Erpreſſungsmittel iſt, mit dem Selbſtmorde zu drohen, weil derjenige, welcher ihn veranlaßt hat, dafür in Anſpruch genommen würde**).

§ 16.

Eine höchſt eigenartige Entwicklung weiſt das engliſche Recht auf. Das engliſche Recht unterſcheidet zwiſchen den principals und den accessaries (before oder after the fact)***). Principal iſt regelmäßig nur ein ſolcher, welcher bei dem Delikte körperlich zugegen iſt; und

*) Im Falle des § 178 R.St.G.B. geht das Geſetz überhaupt nur von phyſiſcher Kauſation, nicht von einer Kauſation durch Erregung des Motives des Selbſtmordes aus, weßhalb die betreffende Steigerung nicht eintritt, wenn die Frauensperſon ſich aus Scham entleibt.

**) Vgl über den chineſiſchen Rechtsſatz mein chineſiſches Strafrecht S. 42. Vgl. auch Gray, China I p. 330.

*** Vgl. zum folgenden Russell I p. 156 ff, Bishop I § 646 ff. Stephen a. 39 p. 32, Stephen, Commentaries (London 1874) IV p. 38 ff.,

zwar unterscheidet man wieder zwischen den principals erster und zweiter Ordnung: principal der ersten Ordnung ist der physische Begeher des Delikts, principals zweiter Ordnung sind solche, welche ihm bei der Begehung des Deliktes assistiren*). Doch hat sich diese Unterscheidung auf die Dauer als unhaltbar erwiesen und man behandelt sämmtliche principals einander gleich**). Im Gegensatz dazu sind die accessaries die sonstigen Betheiligten, welche bei der Uebelthat nicht anwesend sind: Anstifter, wie Gehülfen; und es ist eine nicht immer leichte Frage, zu entscheiden, welche Entfernung nöthig ist, um den Charakter des principal zu benehmen***).

Aehnlich der Code Livingston; nur nennt er die accessories before the fact: accomplices; unter diesen accomplices versteht er alle who are not present at the commission of an offence, but who, before the act is done, verbally or in writing, shall advise or command, or encourage another to commit it: Those who agree with the principal offender to aid him in committing the offence, although such aid may not have been given: Those who shall promise money, or other reward, who shall offer any place or particular favour, or any other inducement; or shall menace any injury or loss of favour, in order to procure the commission of an offence: Those who shall prepare arms, or instruments, men, money, or aid of any kind, or do any other act prior to the commission of the offence, to facilitate its execution ,and knowing that it is intended: all these persons are accomplices†).

Uebrigens konnte das englische Recht diesen Unterschied nicht

---

*) Man hatte diese principals zweiten Ranges ursprünglich als accessories behandelt: so bis nach den Zeiten Eduard III; nachher stellte man sie neben die principals und nannte sie principals zweiten Grades, Russell I p. 156, Bishop I § 648.

**) Allerdings gibt es in Amerika noch Statute, welche zwischen beiden Arten der principals unterscheiden, Wharton I § 129.

***) Vgl. Bishop I § 656 und hierzu Note 1, p. 393; Wharton § 119. Es genügt übrigens construktive Gegenwart, d. h. es genügt, wenn der Mithelfer in solcher Nähe ist, daß seine Hülfe bei der That fühlbar wird; z. B. wenn er draußen Wache steht oder den Eigenthümer ferne hält; vgl. Wharton § 124 und 127.

†) So a. 65. Complete Works of E. Livingston (New-York 1873) II p. 26.

consequent durchführen. Denn es gibt Fälle, in welchen es hiernach völlig an dem principal fehlen würde. Man denke sich, daß mehrere ein Gift an einen bestimmten Ort stellen in der Erwartung, daß Jemand das Gift von selbst trinken wird — hier werden die sämmtlichen Personen als principals behandelt*). Noch mehr tritt dies hervor, wenn sich Jemand, als mittelbarer Thäter, eines unschuldigen Mediums, eines Wahnsinnigen oder eines in Irrthum versetzten physischen Thäters bedient: da das Medium schuldfrei ist, so würde es völlig an dem principal fehlen; da dies aber nicht sein darf, so gilt hier der mittelbare Thäter als principal.**) So auch der Code Livingston a. 60***).

Einen qualitativen Unterschied zwischen dem Anstifter und dem psychischen Gehülfen macht übrigens das englische Recht nicht: beide sind accessaries†). Vgl. auch oben S. 103.

Merkwürdig war die Auffassung des englischen Common Law, daß ein accessary nur zugleich mit dem principal gestraft werden dürfe. Daher konnte der accessary nicht vor dem principal zur Verhandlung kommen, mindestens nicht ohne seine Einwilligung.††) Und er konnte daher überhaupt nicht verurtheilt werden, wenn der principal sich der Verurtheilung entzog oder wenn dieser starb†††). Diese auf prozeßrechtliche Zusammenhangsvorstellungen beruhende Bestimmung ist durch eine Reihe statutarischer Gegenbestimmungen, theilweise schon aus der Zeit der Königin Anna (1 Annae, stat. 2 c. 9), überwunden worden. So heißt es insbesondere in 24. 25 Vict. c. 94 s. 2 von einem solchen accessory daß er: may be indicted and convicted either as an accessory before the fact to the principal felony, together with the principal felon, or after the conviction of the principal felon, or

---

*) Russell I. p. 161, Bishop I § 649, Stephen, Commentaries IV p. 39.

**) Russell I p. 160 ff., Stephen a. 36 p. 29, Wharton § 112.

***) Complete Works of E. Livingston (New-York 1873) II p. 25. Vgl. auch oben S. 125.

†) Bishop I § 675.

††) Bishop I § 667.

†††) Russell I p. 174 ff., Bishop I § 668, Stephen, Comment. IV p. 44. Ebenso konnte man früher einen principal zweiten Grades nicht bestrafen, ohne daß der principal ersten Grades bestraft wurde, Wharton § 130

may be indicted and convicted of a substantive felony whether the principal felon shall or shall not have been previously convicted, or shall or shall not be amenable to justice.

Der alte Satz hatte früher auch in Amerika gegolten*), jetzt hat eine Reihe von Statuten das Princip des common law durchbrochen, so in Massachusetts, New-York, Maine, Missouri, Illinois, Ohio, Jowa, California, Nevada, Kansas**).

Die Vorstellung von dem Zusammenhang der Delikte war übrigens nicht bloß von processualischen Gedanken getragen, sie war zu der Ansicht verdichtet, daß das Strafrecht des Staates gegen beide nur zugleich zur Ausführung gebracht werden dürfe. Darum nahm man, als neuere Statuten es gestatteten, einen accessary selbstständig zu bestrafen, an, daß sich solches nicht auf accessaries beziehe, deren Thätigkeit vor dem abändernden Statute erfolgt war***).

Die Bestrafung der principals des ersten und des zweiten Grades ist eine in thesi gleiche. Die Strafe der accessaries before the fact ist vielfach milder als die des principal, aber durchaus nicht immer. Bei einer Reihe von Delikten wird der accessary in der Strafbarkeit dem principal gleichgestellt. So beim Hochverrath;†) so bei den misdemeanors;††) so kraft statutarischer Bestimmung im Falle des Diebstahls, der Fälschung und anderer Delikte.†††) Und bei dem manslaughter nehmen Viele an, daß es keinen accessary geben könne, weil, wenn die Tödtung vorausbedacht wäre, murder und nicht manslaughter vorliegen würde.*†)

---

*) Wharton § 135.

**) Vgl. Bishop I § 670, Wharton § 93 ff. Vgl. auch Code Livingston a. 73 (Complete Works of E. Livingston II p. 27 ff.), bezüglich der accomplices, welche den englischen accessaries before the fact entsprechen.

***) Russell I p. 179 ff.

†) Russell I. p. 167, Bishop I. § 681 ff., Stephen, Comment. IV. p. 40.

††) Russell I. p. 169, 185; Bishop I. § 685 ff., Wharton § 131, Stephen, Comment. IV. p. 40.

†††) Russell I. p. 185. Ebenso vielfach in Amerika, namentlich beim kleinen Diebstahl; Bishop I. § 680.

*†) Vgl. Russell I. p. 167, Bishop I § 678. Sicher ist ein accessary after the fact auch bei manslaughter möglich; Bishop I. § 698.

Amerikanische Statuten stellen den accessary before the fact dem principal überhaupt gleich; auch bei felonies, nicht bloß bei misdemeanors; so die Statuten von Illinois: es heißt hier chapt. 38, divis. 2 s. 2 (Rev. Stat. v. 1883 I. p. 506):

An accessory is he who stands by, and aids, abets, assists or who, not being present, aiding, abetting or assisting hath advised, encouraged, aided or abetted the perpetration of the crime. He who thus aids, abets, assists, advises or encourages, shall be considered as principal, and punished accordingly.

Dann folgt in s. 3 die Bestimmung, daß ein solcher accessory vor und nach dem principal überführt werden darf, auch dann, wenn der principal gar nicht überführt oder vor Gericht gebracht werden kann. Hierdurch sind die accessaries before the fact zu principals geworden.*)

Aehnlich die Statuten von Massachusetts, Public Statutes v. 1881 ch. 210 s. 3: Whoever aids in the commission of a felony, or is accessory thereto before the fact by counselling hiring, or otherwise procuring such felony to be committed, shall be punished in the manner prescribed for the punishment of the principal felon.**) Vgl. ferner Newyork, Pennsylvania, Ohio.***)

Ganz besonders interessant sind die Bestimmungen des Indian Code über Anstiftung; es ist nicht zu viel gesagt, wenn wir behaupten, daß die richtige Theorie hier in ebenso einfacher als reiner Form zur Darlegung gebracht ist.

Die Anstiftung ist hiernach intellektuelle Urheberschaft; der Fall, daß Jemand anstiftet, steht dem Falle, wenn Jemand durch einen Unzurechnungsfähigen eine That begeht, principiell gleich.

Entsprechend sagt Art. 108: A person abets an offence who abets either the commission of an offence, or the commission of an act which would be an offence, if committed by a person

*) So auch Supreme Court of Illinois, 14. September 1887, Northeastern Reporter XII. nr. 16 p. 915 (auch in den Advance Sheets of the Illinois Report vol. 122 p. 101); hier ist auch auf andere Entscheidungen verwiesen.

**) Wharton § 93 I. p. 122. Im Ausdruck etwas verschieden waren die Rev. Stat. v. 1836 ch. 133 s. 1.

***) Wharton § 98, 103, 111.

capable by law of committing an offence with the same intention or knowledge as that of the abettor.

Und ist die Intention des Anstifters und des Thäters verschieden, so wird der Anstifter bestraft, wie wenn er mit der ihm eigenen Intention die That begangen hätte. So heißt es in Art. 110: Whoever abets the commission of an offence shall, if the person abetted does the act with a different intention or knowledge from that of the abettor, be punished with the punishment provided for the offence which would have been committed if the act had been done with the intention or knowledge of the abettor and with no other.

Hat die Vollbringung der That einen Effekt erzeugt, den der Anstifter nicht beabsichtigte, so ist er doch dafür haftbar, wenn er den Erfolg als wahrscheinlich voraussah: provided he knew that the act abetted was likely to cause that effect (Art. 113).

Ist der Anstifter bei der That gegenwärtig, so gilt er als Thäter: he shall be deemed to have committed such act or offence (Art. 114). Dies ist ein Anklang an den englischen Satz von principal und accessary.

Besonders interessant ist es, wie das englische Recht die Beihülfe und Anstiftung zum Selbstmord behandelt.*) Nach englischem Recht ist der Selbstmörder zwar nicht strafbar, aber die That gilt als ein Unrecht, er ist felo de se.**) Wer ihn bei der That unterstützt, gilt als Mörder, als principal — dies auch dann, wenn er ihn bloß aufmuntert, sofern er nur bei der That anwesend ist; wer ihn sonst aufmuntert, ist accessary.***) Besonders interessant in dieser Hinsicht ist die Sache Rex v. Dyson. Hier hatten Zwei verabredet, sich in's Wasser zu stürzen; die Frau ertrank, der Mann wurde gerettet. Der Richter erklärte dabei den Geschwornen, daß,

*) Vgl. Wharton § 751 d.

**) Bishop I. § 511 (p. 317) sagt: There are writers who have maintained, that men are naturally entitled to end their own lives at pleasure; but this view accords neither with our instincts nor with our better reason, as certainly it does not with our law.

***) Vgl. auch Wharton I. § 122, II. § 963 ff.

wenn der Mann anwesend war und zum Selbstmorde der Frau zustimmte, der Selbstmord als das Werk Beider erscheine.*)

Daher bestraft das englische Recht auch denjenigen als Mörder, welcher Jemanden durch Drohung dahin bringt, daß er sich selbst tödtet, z. B. sich selbst durch's Fenster stürzt.**)

Auch hier hat der Anglo-Indian-Code der Sache eine treffende Gestaltung gegeben. Zwar, daß in Art. 309 der Versuch des Selbstmords bestraft wird, wäre für unsere Verhältnisse nicht empfehlenswerth. Vortrefflich aber sind die Bestimmungen in Art. 305 und 306. In Art. 305 ist der Fall behandelt, wenn Jemand eine Person unter 18 Jahren, einen Wahnsinnigen, Betrunkenen zum Selbstmorde verleitet. Hier ist die Strafe ziemlich gleich der Strafe des Mordes. Vgl. mit Art. 302.

Der zweite Fall ist der, wenn Jemand einen seiner selbst Fähigen zum Selbstmord antreibt. Hier ist die Strafe ungefähr nach Art der Bestrafung der Tödtung eines Einwilligenden bemessen. Vgl. Art. 306 mit Art. 300 Exceptio 5 und Art. 304.

Der Code Livingston Art. 548***) droht dem Gehülfen des Selbstmörders eine besondere Strafe (3—6 Jahre Gefängniß mit harter Arbeit).

§ 17.

Weniger können wir uns in der Anstiftungslehre mit dem italienischen Strafgesetzbuch, Art. 63, einverstanden erklären. Derselbe bedient sich wie das deutsche Gesetz der mehrdeutigen Ausdrucksform, daß der Mitthäter und ebenso der Anstifter soggiace alla pena stabilita per il reato commesso. Dies kann zur Anschauungsweise führen, als ob die Strafbarkeit des Anstifters quasi eine Reflexwirkung der Strafbarkeit des Thäters wäre, als ob die That des Thäters es wäre, welche in dem Anstifter mitbestraft wird, während

*) Russel p. 649; Stephen Art. 227 p. 165; Bishop I. §§ 510 652. Ist der Anstifter lediglich accessary, so tritt dann allerdings die Schwierigkeit ein, daß nach common law eigentlich der accessary nur zugleich mit dem principal gestraft werden kann, weshalb ihn Manche auch als principal betrachten und den Selbstmörder als innocent agent; vgl. Bishop I. § 652.

**) Russel I. p. 651.

***) Works II. p. 149.

doch nach der modernen Ansicht ein Jeder, so auch der Anstifter, nur für die eigene That haftet, und nur um der eigenen That willen bestraft wird.

Die Bestimmungen des italienischen Rechts bezüglich der Qualifikationen der That haben bereits oben (S. 113) ihre Erwähnung gefunden.

Das belgische Gesetzbuch von 1867 behandelt den Anstifter als auteur du crime ou du délit, Art. 66; daher erkennt man auch hier die intellektuelle Thäterschaft des Anstifters in vollem Maße an. So Haus, Principes généraux du droit pénal Belge I. nr. 479: Le Code pénal considère comme auteurs d'un crime ou d'un délit ceux qui, de la manière déterminée par la loi, ont provoqué à ce crime ou à ce délit, parce que, en règle générale, ils ont donné naissance à la résolution de l'agent de le commettre, qu'ils en sont la cause morale et même la cause première, la cause génératrice.

Richtig sagt auch das holländische Strafgesetzbuch Art. 47, daß als daders van een strafbaar feit gestraft werden:

2. Zij die door giften, beloften, misbruik van gezag, geweld bedreiging of misleiding het feit opzettelijk uitlokken. *)

§ 18.

Die erfolglose Anstiftung wird im englischen Recht als misdemeanour bestraft.**) Je größer das Verbrechen, ein um so fernerer Anstiftungsversuch wird als strafbar erachtet. Wie man sieht, hat bereits das englische Recht die Anknüpfung gegeben zur Bestrafung des Anstiftungsversuchs bei schweren Delikten, einem dringenden Bedürfnisse der Gesellschaft.

Auch der Indian Penal Code bedroht die erfolglose Anstiftung, und zwar: wenn die That mit Tod oder lebenslänglicher Deportation bestraft würde, mit Gefängniß bis zu 7 Jahren und Geldstrafe; ist die That mit Gefängniß strafbar, so tritt Gefängnißstrafe bis zu $^1/_4$ des Maximalbetrags der auf das Delikt gelegten Gefängnißstrafe ein; wenn Geldstrafe, so Geldstrafe. Die Gefängnißstrafe kann bis zu $^1/_2$ des Maximums ansteigen, wenn der Anstifter oder

*) Vgl. Emden p. 103, 105 ff.

**) Russel I. p. 175 ff., Bishop I. § 767 ff.

der Angeſtiftete ein Beamter iſt, dem die Verhütung des Deliktes obliegt (Art. 115, 116).

Auch der ſpaniſche Entwurf Art. 26 Z. 3 erklärt: Los que inducen directamente a otros a ejecutarlas, siempre que la induccion por su naturaleza y condiciones pueda ser eficaz para determinar al agente, annque el delito o falta no legue a cometerse por causas ajenas a la voluntad de que indujo.

Ein Zug der Zeit geht dahin, die Anſtiftung, auch wenn erfolglos, zu beſtrafen. Das iſt für ſchwere Fälle völlig angemeſſen *); die Anſchauung, daß die Anſtiftung nur zu beſtrafen ſei, wenn der Thäter zu einem ſtrafbaren Verſuche gelangt, beruht auf unrichtiger theoretiſcher Vorſtellung.

VII.

Ueber Charakter und Grenzen der Begünſtigung.

§ 1.

Frühere Rechte beſtraften vielfach den Begünſtiger wie den Thäter, mindeſtens dann, wenn es ihm gelungen war, den Thäter der Strafe zu entziehen: der Begünſtiger mußte dann ſtellvertretend einſtehen; es beruhte dies auf dem Gedanken, daß Jemand für fremde Schuld verantwortlich ſein könne: er ſollte verantwortlich werden, weil er daran ſchuldig iſt, daß der zunächſt Verantwortliche nicht beſtraft wird. Wie ſolches ſich in den verſchiedenen Rechten der Völker zeigt, wird anderwärts dargethan werden. **) Deutliche Spuren zeigt noch das engliſche Recht. Nach common law war der Begünſtiger ein accessary after the fact und ſeine Strafe ſollte nach der Hauptſtrafe ſich abmeſſen, ***) und wo die accessaries den principals gleichgeſetzt wurden, wie beim Hochverrath, da wurde auch der accessary after the fact als principal behandelt. †) Entſprechend galt als accessary after the fact auch nur derjenige, welcher den Thäter (oder einen accessary) der Strafe entzog; die Verwahrung geſtohlener

*) Vgl. auch ſchon das bayr. St.G.B. von 1861 Art. 56.

**) Bezüglich des chineſiſchen Rechts vgl. mein chineſ. Strafrecht S. 29.

***) Stephen, Comment. IV. p. 43.

†) Bishop I. § 701 ff.

Sachen machte nicht zum accessary: denn der Gedanke war der, daß der accessary after the fact für die Strafe (ganz oder doch theilweise) eintreten mußte, welcher er den Thäter entzog. Es galt als accessary, wer den Thäter versieht, with a horse to escape his pursuers, money or victuals to support him, a house or other shelter to conceal him, or open force and violence to rescue or protect him, oder mit instruments to enable him to break jail or to bribe the jailer to let him escape.*)

Das Princip von der gleichen Strafbarkeit der persönlichen Begünstigung ist aber in England in Abgang gekommen; die Begünstigung wird verschieden bestraft, bei felonies mit Gefängniß bis zu 2 Jahren, bei murder schwerer.**) Bezüglich der misdemeanors ist das Princip überhaupt nicht in Geltung gelangt; hier wird die Begünstigung entweder selbstständig oder gar nicht bestraft.***)

Amerikanische Statuten haben besondere Bestimmungen bezüglich der Bestrafung des accessary after the fact, so Massachusetts, New-York †) u. a.

Auch noch im spanischen Rechte zeigt sich der historische Gedanke; die Strafe der encubridor ist der Strafe des Thäters entsprechend, jedoch zwei Grade tiefer; Art. 69, 71, 73.

Nach argentinischem Recht steht der gewerbsmäßige Begünstiger als auxiliador ersten Grades dem Complicen zweiten Grades, der sonstige Begünstiger als auxiliador zweiten Grades dem Complicen dritten Grades in der Strafe gleich; Art. 62, 64.

§ 2.

Unser Recht hat die Idee, daß der Begünstiger für die fremde That einstehen und dieselbe durch Strafe vertreten müsse, völlig abgelegt. Bei uns wird der Begünstiger nur wegen seiner eigenen Theilnahme am Delikte bestraft. Der Begünstiger ist ein Theilnehmer, wenn auch nur ein indirekter Theilnehmer am Delikte: er ist nicht ein Theilnehmer an der Hervorbringung des Deliktseffektes;

*) Bishop I. § 695. Vgl. auch Stephen, Comment. IV. p. 42.

**) Vgl. Stephen, Comment. IV. p. 44.

***) Bishop I. § 705 ff.

†) Wharton, §§ 96, 99.

wohl aber ein Theilnehmer, weil er dazu beihilft, daß der Effekt des Deliktes unverwischt bleibt, insofern als die Maßregeln vereitelt werden sollen, welche die civilistische oder criminalistische Redressirung herbeizuführen bestimmt sind. Darum ist der Begünstiger als indirekter Theilnehmer an dem Delikte zu behandeln und seine Bestrafung mit der Bestrafung des Deliktes in Verbindung zu setzen: entsteht daher bezüglich des Deliktes kein Strafrecht, so kann auch kein Strafrecht bezüglich der Begünstigung entstehen,*) denn einerseits kann, wo kein Bedürfniß nach crimineller Reaktion besteht, auch eine Handlungsweise, welche Jemanden lediglich solcher Reaktion entziehen soll, nicht verantwortlich machen; andererseits ist das bloß civilistische Reaktionsbedürfniß durch civilistische Mittel zu befriedigen. Ebenso geht daraus hervor, daß, wer direkter Theilnehmer der That ist, nicht zugleich auch noch als Begünstiger strafbar sein kann, denn, wer für das Delikt selbst haftet, kann nicht nochmals dafür haften, wenn er es verhindert, daß das Delikt redressirt wird; wer gestraft wird für das Setzen, wird nicht nochmals gestraft für das Nichtaufheben. Näheres hierüber ist bereits oben (S. 118 f.) zur Entwickelung gelangt.

§ 3.

Daß die Begünstigung eine Personen- und eine Sachbegünstigung sein kann, sofern sie sich auf Rettung der Person oder auf die Wahrung der Vortheile des Deliktes bezieht, ist im deutschen Gesetze ausdrücklich gesagt. Das englische Common law bezog den Begriff des accessary after the fact nur auf die Begünstigung der Person; die Sachbegünstigung galt nur als misprision. Durch das Statutenrecht jedoch ist in England wie in Amerika ziemlich allgemein, mindestens bezüglich der Diebstahlsbegünstigung durch Empfang und Verwahrung der gestohlenen Objekte, besondere Bestimmungen getroffen und die Bestrafung geregelt worden.**)

§ 4.

Wie weit der Begriff der Personenbegünstigung auszudehnen

*) Dies ist insbesondere wichtig, wenn das Hauptdelikt ein Antragsdelikt ist.

**) Stephen, Comment. IV. p. 36 ff.; Bishop I. §§ 699, 700; Wharton II. § 1888 ff.

sei, ist nicht immer leicht festzustellen. Daß die Maßregeln, welche die Person verbergen, die Flucht befördern, hierher gehören, ist natürlich sicher. Daß umgekehrt die Unterlassung der Denunciation noch keine Begünstigung ist, soweit keine Pflicht der Denunciation besteht, ist ebenfalls klar.*) Es fragt sich aber, ob es auch dazu gehört, wenn man Jemanden bestimmt, eine Denunciation zu unterlassen oder sich nicht als Belastungszeugen zu melden. Eine strengere Meinung kann hierin eine Begünstigung erblicken, sofern sie das Streben nach Bestrafung als ein legitimes, der hemmenden Einwirkung Dritter zu entziehendes Streben anerkennt — auch unabhängig von der Thätigkeit staatlicher Organe. Solches entspricht jedoch nicht mehr unseren Verhältnissen. Das Streben nach Bestrafung ist in die Hand staatlicher Organe gelegt, und wenn auch die Staatsanwaltschaft die Verpflichtung hat, vorzugehen, wo immer sie eine strafbare Handlung erkennt, wenn auch bei uns das Legalitäts- nicht das Opportunitätssystem gilt, so ist doch der Staatsanwaltschaft bei der Prüfung, ob ihr ein Verfolgungsrecht und eine Verfolgungspflicht zukomme, ein weiter Spielraum gegeben. Hierin einzugreifen, der Staatsanwaltschaft Materialien zu verschaffen, ist allerdings das Recht eines Jeden, es ist das Recht nicht bloß des Verletzten. Wohl aber kann man es nicht als ein dringendes Erforderniß erachten, daß solche Denunciationen Dritter stattfinden, so daß eine Thätigkeit, welche auf Vermeidung der Denunciation abzielt, schon als ein Eingriff in die Thätigkeit der staatlichen Strafrechtspflege und damit als eine rechtswidrige Beeinträchtigung der auf Repression gerichteten Staatsthätigkeit erscheinen würde. Die spontanen Denunciationen sind ja Hülfsmittel der Strafverfolgung, aber keine Hülfsmittel, auf welche der Staat mit gewisser Nothwendigkeit rechnet; ihm stehen andere Hülfsmittel zu Gebote, um zur Kenntniß von Delikten zu kommen. Daher kann eine Thätigkeit, welche darauf abzielt, eine Denunciation zu verhüten, nicht als Begünstigung betrachtet werden.

*) Das argentinische Recht bestraft Denjenigen, welcher kraft seines Standes die Pflicht der Anzeige hat, für die Nichtanzeige als Begünstiger: auxiliador dritten Grades. Sonst ist hier Jemand zur Denunciation verpflichtet, wenn es sich um ein todeswürdiges Verbrechen handelt. Für die Nichtanzeige tritt polizeiliche Strafe ein, sofern die Nichtanzeige die Verfolgung wesentlich erschwert (a. 66).

Wird es doch auch nicht als Begünstigung angesehen, wenn bei Antragsdelikten Bemühungen gemacht werden, um den Antragsberechtigten vom Antrage abzuhalten. Allerdings verhält sich die Sache hier insofern anders, als der Antrag ja nicht bloß ein processualisches Erforderniß des Strafverfahrens, sondern ein materielles Erforderniß des staatlichen Strafrechts ist, sofern hier ohne Antrag der Staat kein Recht und keinen Beruf hat zu strafen; allein immerhin wäre es eine seltsame Erscheinung, wenn Bemühungen, eine Denunciation zurückzuhalten, das eine Mal als völlig legitim, das andere Mal als strafrechtlich erschienen; da doch die Gründe, welche den Staat veranlassen, sein Strafrecht an einen Antrag des Verletzten zu knüpfen, mehr Zweckmäßigkeitsgründe des einzelnen Falles, als strikte principielle Gründe sind und es ein unleidiger Formalismus wäre, den Versuch, die Denunciation zu verhüten, das eine Mal als Begünstigung zu behandeln, das andere Mal nicht. Würde man sich hierbei allerdings irgend welcher Mittel bedienen, um dem Antragsberechtigten die Freiheit der Entschließung zu nehmen, z. B. durch Drohung, oder würde man sich dabei einer Hinterlist bedienen, auf daß die Antragsfrist verstreicht, dann wäre es etwas Anderes;*) denn die Rechtsordnung stützt sich eben auf die Freiheit der Entschließung.

Entsprechend kann es auch nicht als Begünstigung betrachtet werden, wenn Jemand der bei ihm recherchirenden Polizei keine Auskunft gibt.**) Allüberall kann die Begünstigung nur in einem aktiven Vorschubleisten oder in einem positiven Irreleiten der Behörden bestehen, nicht aber in einer bloßen negativen Unthätigkeit, in dem Mangel an Beihülfe zur Repression.***) Der Staat verlangt nicht, daß der Private der Strafrechtspflege von sich aus seine Hülfe leistet, er verlangt nur, daß der Private den Bestrebungen des Staates nicht in den Weg tritt. Etwas Anderes ist es natürlich, wenn Personen

*) Vgl. Binding, Normen II. S. 569.

**) Vgl. Wharton § 146.

***) Daher findet bei uns keine Anwendung fr. 1 de receptat.: in pari causa habendi sunt, qui, cum adprehendere latrones possent, pecunia accepta vel subreptorum parte dimiserunt; c. 1 de his qui latron. (9, 39): vel offerre judiciis supersederit; c. 2 pr. eod.: ultro eos offerant; c. 2 § 2 eod.: si praesentes et scientes ultro non obtulerint.

besonders aufgestellt sind als Diener der Strafrechtspflege und diese Personen absichtlich Verfolgungshandlungen unterlassen, um Jemanden der Strafe zu entziehen.

Allerdings ist in dieser Beziehung die Gesetzgebung nicht immer gleichmäßig gewesen; dies geht schon aus dem römischen Rechte hervor; aber auch aus anderen Rechten. So insbesondere auch was den Fall betrifft, wenn Jemand Geld annimmt, auf daß er die Strafverfolgung unterlasse. So hat im letztern Falle das englische Recht (18 Elisabeth c. 5) eine Strafe festgesetzt, und selbst die Lässigkeit in der Verfolgung wird als misprision unter Strafe gestellt, namentlich beim Hochverrath, wo man früher den Nichtverfolger dem Thäter gleich setzte.*) Allein hier liegen überall besondere historische Zustände vor, weil sich die staatliche Verfolgung aus der Privatverfolgung herausbilden mußte. Sobald der Staat gegenüber der Selbsthülfe seine Aufgabe erfaßt hat, wird er zunächst in die Privatinitiative einzugreifen suchen, und zwar in der Art, daß alle hemmenden Momente, welche privater, individueller Natur sind, möglichst unterdrückt werden; und dahin gehört es insbesondere, daß er jeder Privatabfindung entgegentritt und dadurch das jus puniendi und die Ausübung desselben den Händen der Privaten entringt**) Später hat der Staat in der Hauptsache die Verfolgung in seiner eigenen Hand; dann kann er des Eingriffs in die Privatsphäre entrathen. Auf diesem Standpunkt steht unser Recht; es geht sogar soweit, daß es in gewissen Fällen wohlweislich wieder dem Privaten die Verfolgung anheimstellt: alle Uebertreibung ist vom Uebel, auch die Uebertreibung in dem Princip der staatlichen Verfolgung.

§ 5.

Aus dem obigen geht auch die richtige Begränzung der sachlichen Begünstigung hervor.***) Es ist keine sachliche Begünstigung, wenn A. dem B. das gestohlene Buch übersetzen hilft; es ist keine Begünstigung, wenn Jemand ein gestohlenes Pferd curirt oder eine

*) Bishop I. §§ 709 ff., 712 ff., 716 ff.

**) So auch sonst; auch im chinesischen Recht findet sich solches; vgl. mein chinesisches Strafrecht S. 14.

***) Vgl. über diese Frage auch Simonson, der Begriff des Vortheils S. 14 f., und die hier citirten Autoren und Entscheidungen.

gestohlene Uhr reparirt; aber es ist Begünstigung, wenn Jemand dem Thäter dazu hilft, die Sache in sein Haus einzubauen oder die Sache durch Verarbeitung der Entdeckung zu entziehen. Denn nicht darin besteht die Rechtswidrigkeit, daß die erlangten Vermögenswerthe erhalten oder fruchtbar gemacht werden, sondern daß Veranstaltungen getroffen werden, auf daß diese Vermögenswerthe ihrem legitimen Herren entzogen werden oder entzogen bleiben, indem die Möglichkeit der Wiedererlangung erschwert wird.

VIII.

Vergehen gegen die Religion.

§ 1.

Die Rechtswissenschaft kann nicht mit dem Begriff der Rechte allein auskommen. Es gibt eine Menge von Beziehungen, welche die Rechtsordnung beschützt, die aber aus verschiedenen Gründen nicht zu Rechten werden können. Das subjektive Recht verlangt eine bestimmte Geschlossenheit, insbesondere eine Geschlossenheit auf subjektiver Seite, das Recht verlangt einen bestimmten Träger. Man kann diesen Träger erweitern: es kann Rechte geben, welche einer Mehrheit oder gar einer Vielheit von Personen zustehen, und hier ist es in verschiedener Weise möglich, die subjektive Beziehung festzuhalten; aber alles hat seine Grenze: und wenn es sich um Beziehungen handelt, welche der ganzen Menschheit zustehen, wenn Verhältnisse in Frage stehen, deren Hochhaltung im Interesse der Gegenwart und der Zukunft liegt, da kann die Kategorie des Rechts nicht ausreichen, um dieses Schutzbedürfniß und Schutzverhältniß zu charakterisiren, sondern man muß weiter gehen und muß konstatiren: neben den Rechten gibt es Interessen, die nicht zu Rechten geworden sind und vielfach nicht zu Rechten werden konnten, weil ihnen die nothwendige Geschlossenheit fehlt, welche zum Begriffe des Rechts gehört; diese Interessen interessiren die Rechtsordnung, und die Rechtsordnung befaßt sich mit denselben: sie statuirt bald civilistische und bald criminalistische Rechtsfolgen, welche sich auf diese Interessen beziehen — Rechtsfolgen, welche ohne Kenntniß dieses Interesses allen Zusammenhang verlören und ebensowenig wissenschaftlich faßbar wäre, als etwa die Kraftfolgen der Elektricität ohne Kenntniß der elektrischen Kraft.

Es wird Sache einer civilistischen Arbeit sein, die Natur dieser Allgemeininteressen im Civilrecht zu verfolgen und zu zeigen, daß eine Reihe von Rechtsinstituten darauf gebaut ist; das römische Dotalwesen kann ebensowenig ohne diesen Begriff richtig erkannt werden, als die deutsche Verfangenschaft. Ganz besonders aber kommt der Begriff im Strafrecht zur Geltung, denn eine Reihe von Delikten sind nicht gegen Rechte, sondern gegen allgemeine Kulturinteressen gerichtet, gegen Interessen des sittlichen, geistigen, physischen Wohles der Gesammtheit. Wenn man daher das subjektive Recht als ein rechtlich geschütztes Interesse bezeichnet, so ist diese Bezeichnung unvollkommen, sofern zwar das Recht ein rechtlich geschütztes Interesse voraussetzt, aber nicht darin aufgeht. Das Recht ist eine Beziehung zu einem rechtlich geschützten Interesse oder Genußgehalt, welche einem bestimmten Subjekte, als dem Träger dieses geschützten Interesses, zukommt, und zwar in festgeschlossener Weise. Nicht das subjektive Recht allein aber ist ein Faktor, mit welchem die Rechtsordnung operirt, die Rechtsordnung hat es auch mit Interessen zu thun, welche keinen bestimmten Träger haben, und dies insbesondere die Strafrechtsordnung. Man pflegt hier auch von Rechtsgütern zu reden; aber der Ausdruck Rechtsgut ist viel zu unbestimmt und vieldeutig, als daß derselbe im Allgemeinen empfehlenswerth wäre.*) Rechtsgut kann ein rechtlich geschütztes Interesse sein, welches einem subjektiven Rechte zugehört, es kann aber auch ein Interesse sein, welches nicht zum Rechte krystallisirt ist.

Empfehlenswerther ist es vielmehr, neben den Rechtsschutz den Schutz von allgemeinen Kulturinteressen oder Kulturgütern zu setzen, und in diese Sphäre gehören dann die Delikte gegen die Interessen des religiösen Lebens, gegen die geschlechtliche Sittlichkeit, gegen die Interessen des öffentlichen Friedens, des wirthschaftlichen und des leiblichen Wohles der Menschheit.

Allerdings ist damit der Kreis der Delikte noch nicht erschöpft. Neben den Delikten gegen Rechte und den Delikten gegen allgemeine Kulturinteressen giebt es noch eine dritte und vierte Reihe.

In dritter Reihe rangiren gewisse Veranstaltungen und Institute, welche die Menschheit getroffen hat, um die Entwicklung und

*) Wenn ich mich im früheren der Kürze halber desselben bediente, so ist dies aus sprachlichen Gründen geschehen.

Förderung von Kulturgütern zu ermöglichen oder zu steigern; dahin gehört beispielsweise die Institution des Geldes, der Urkunde; dahin gehören die Institutionen des Rechtsverkehrs, wie der gerichtliche Eid, dahin gehört die Institution des Staates selbst. Die Delikte gegen diese Veranstaltungen bilden eine dritte Gruppe.

In letzter Reihe stehen die zum Zwecke der Sicherung der Rechte und der Kulturinteressen getroffenen Anordnungen, deren Verletzungen die Polizeidelikte bilden.

Auf diese Weise allein gewinnen wir eine richtige Gliederung der Delikte und der Deliktreaktionen.

§ 2.

Bei dem Schutze der Religion kann es sich nicht um bloß individuelle Rechte handeln, es handelt sich um allgemeine Kulturinteressen, um Kulturinteressen höchster Art. Unrichtig ist es daher, die deliktuose Qualität der Religionsdelikte lediglich darin zu suchen, daß die Anhänger einer bestimmten Religion in ihrem Innern gekränkt werden: sie können sich möglicherweise auch durch Resultate wissenschaftlicher Forschung verletzt fühlen; wesentlich ist das Kulturinteresse des religiösen Bewußtseins der Menschheit: dieses soll gewahrt, es soll nicht durch subversive Mittel untergraben werden.

In dieser Beziehung kommt es aber darauf an, ob eine Kultur von dem Principe der Glaubenseinheit oder von dem Principe der Glaubensfreiheit ausgeht, wobei jedoch der Unterschied nicht immer schroff zu fassen ist, da das eine System vielfach Uebergänge zum anderen bietet. Die islamitische Kultur ging in der Hauptsache von der Glaubenseinheit aus, die Theokraten faßten Religion und Staat in enges Bündniß, und ebenso war es bei Völkern des Alterthums gewesen*); auch das Mittelalter vertrat meistens das Princip der

*) Das mosaisch-rabbinische Recht bedrohte den Götzendienst, die Verführung zum Götzendienst, auch schon den Versuch, mit dem Tode (Fassel, Das mosaisch-rabbinische Strafgesetz S. 16 ff.). Der Islam belegt die Apostasie mit dem Tode, doch wird unter Umständen eine Reuefrist gegeben, in welcher der Thäter in sich gehen und zurückkehren könne (vgl. mein islamitisches Strafrecht, Gerichtssaal B. 41, S. 316). Auch bei den Persern war der Abfall von der nationalen Religion mit dem Tode bestraft; Nöldecke, Geschichte der Perser und Araber zur Zeit der Sassaniden S. 287.

Glaubenseinheit als der Einheit der Religion der Unterthanen und der folgeweisen Zusammenschließung der Mitglieder des Staates unter dem mächtigen Bande der Religionsgemeinschaft; sodaß ein jedes Bestreben, diese Einheit zu lockern, als ein Delikt gegen den Staat und die Güter des staatlichen Lebens galt. Daher die Schwere der Strafen gegen die Häresie. Noch die Bambergensis, noch die Carolina, noch die Reichspolizeigesetze athmen diesen Geist.*)

Ganz besonders charakteristisch ist in dieser Beziehung die Ley de Siete Partidas (VII. 26 de los hereges, namentlich ley 2); sie enthält die schärfsten Sanctionen gegen die Häresie. Von den modernen occidentalen Kulturstaaten hat Spanien den Standpunkt der Glaubenseinheit am meisten bewahrt. Derselbe tritt hervor, nicht in dem Strafgesetzbuch von 1870 und 1876, wohl aber in dem Strafgesetzbuch von 1848, 1850 und in dem neuen Entwurf eines Strafgesetzbuchs von 1884, der im Jahre 1885 publicirt worden ist. Die Art. 208—216 gehen davon aus, daß die katholische Religion allein den öffentlichen Kultus ausüben dürfe; sie bestrafen (Art. 211), wer mit Gewalt, mit Einschüchterung, mit seduccion u otros apremios ilegales einen Katholiken zum Wechsel der Religion bringt.**)

Auch in den spanischen Kolonialstaaten war diese Auffassung verbreitet, und in Argentinien hat man bis zur neueren Gesetzgebung Häresie, Schisma und Apostasie als Delikte angesehen; und die konstitutionelle Anerkennung der Glaubensfreiheit galt manchen nur als Anerkennung der Freiheit des häuslichen Herdes: El recinto de la libertad de conciencia es el hogar domestico.***) Anders die modernen Strafgesetzbücher daselbst; das Argentinische Strafgesetzbuch von 1880, Art. 443, das Strafges. von Chile von 1874, Art. 138 ff. u. a. folgen unserer modernen Auffassung.

England hat noch alte Bestimmungen über die Verbreitung des Unglaubens, deren Geltung aber sehr bestritten ist; vgl. Stephen, Art. 161 ff., S. 108 ff. Ueber russisches Recht vgl. Leuthold, Russ. Rechtskunde S. 249 ff. 348 ff.

*) Ueber das Verhältniß der CCC zur Bambergensis in dieser Beziehung vgl. Güterbock, Entstehungsgeschichte der Carolina, S. 260 ff.

**) Das Strafgesetzbuch von 1848, 1850 bestrafte den öffentlichen Abfall vom Katholicismus mit Verbannung. Vgl. Laget et Laget-Valdeson, Théorie du Code pénal Espagnol, S. 338 ff.

***) Tejedor, Curso de derecho criminal (Buenos Aires 1871) I. S. 132 ff.

Im übrigen geht der Zug des modernen Rechts, und so insbesondere des deutschen und des französischen Rechts auf Glaubensfreiheit, und die Bestimmungen über Religionsdelikte sind von dem Gedanken der Glaubensfreiheit diktirt.*)

Unter diesem System ist die Ausübung eines fremden, d. h. eines nicht herrschenden Kultus freigestellt. Noch mehr; es ist freigestellt die wissenschaftliche Discussion in Fragen der Religion und der Philosophie. Keine Schranke soll die freie Meinungsäußerung unterbinden; der Uebertritt von der einen zur anderen Religion soll freistehen; sollten etwa Zwangsmittel gebraucht werden, so würden sie der Ahndung des sonstigen Rechts unterliegen.

Aber auf diesem Standpunkt erhebt sich ein noch dringenderes Bedürfniß nach dem Schutze der Religion, nämlich nach dem Schutze gegen die Verunglimpfung und gegen die Beschränkung der Kultusübung. Ist den verschiedenen Kulten die Uebung freigestellt, so darf kein Mitglied der einen Religion, auch nicht der herrschenden, es wagen, in den berechtigten Kultus der anderen einzugreifen; und ist die freie Discussion gestattet, so ist es auf der anderen Seite ein dringendes Bedürfniß, die Discussion auf dem Boden der Discussion zu erhalten und sie nicht zu Schmähungen und Beschimpfungen herabsinken zu lassen; und noch größer ist das Bedürfniß, dafür zu sorgen, daß die Frivolität und der triviale Spott sich nicht an der Religion vergreifen. Wenn auch der Staat Niemandem eine Religion vorschreibt, wenn er auch den verschiedenen Religionen Einlaß gewährt, so ist es sein dringendes Interesse, dafür zu sorgen, daß die in der Religion sich ausprägende ideale Weltanschauung, welche zur Verehrung und heiligenden Gesinnung leiten soll, nicht durch die Mächte der Zersetzung untergraben wird. Nicht eine bestimmte Religion: die Religion überhaupt ist ein Kulturgut; und wenn dasselbe auch nicht so mächtigen Schutz findet, daß das Kulturinteresse der freien Forschung dadurch untergraben wird, so muß es vom Staate doch insofern gehegt werden, daß es gegen die bloß zersetzenden Akte geschützt wird, gegen diejenigen Angriffe, welche nicht als Aeußerungen der wissenschaftlichen Forschung berechtigt und berechtigten menschlichen Interessen dienstbar sind.

*) Vgl. auch Fürstenau, Begriff und Entwickelung der Religionsfreiheit in Deutschland (Berlin 1889).

Der religiöse Schutz bezieht sich auch auf die Leichen. Der Schutz des Friedens des Leichnams beruht auf dem unsere Kulturwelt durchdringenden Gedanken, daß die Hülle, welche die menschliche Psyche getragen hat, durch diese Psyche eine Weihe erlangt hat, welche den Leichnam der Profanirung entzieht. Das Delikt gegen die Leiche ist ein Delikt gegen den Adel der menschlichen Seele, welchen eine idealistische Weltanschauung lehrt, und welcher insbesondere von der Religion in hoher Verklärung dargestellt wird. Insofern ist der Schutz der Leiche zugleich ein Schutz des religiösen Lebens, d. h. des dem religiösen Leben innewohnenden Idealismus.

Daraus ergibt sich denn auch die dreifache Art der Delikte gegen die Religion: Delikte durch Herabsetzung der Religion selbst, Delikte durch faktische Störung oder Verletzung des religiösen Lebens und endlich Delikte in Bezug auf den menschlichen Leichnam.

Nach diesen drei Richtungen hin sind die Religionsdelikte ins Auge zu fassen.

§ 3.

1. Herabsetzung der Religion.

Das deutsche Gesetz (§ 166) unterscheidet zwischen Gotteslästerung und zwischen Herabsetzung der Religion im engeren Sinne. Der Glaube an die Gottheit erscheint dem Gesetze so heilig, daß eine Verletzung dieses Glaubens, ohne Rücksicht auf die Religion, von welcher der Glaube getragen wird, ein Religionsdelikt ist. Unter Gottheit ist Gottheit im Sinne des Theismus und zwar des Monotheismus verstanden, also Gottheit im Sinne eines persönlichen Gottes, im Gegensatze zur unpersönlichen immanenten Gottheit des Pantheismus; denn nicht jede ideale Einheitsidee, sondern nur ein Gottesglaube im Sinne eines von der unpersönlichen Welt verschiedenen persönlichen Gottes ist als eine so wesentliche, die Menschheit bestimmende, idealistische Idee erschienen, um ohne Rücksicht auf die religiöse Einzelgestaltung Schutz zu finden.

Die Idee des persönlichen Gottes genießt den Schutz ohne Rücksicht auf die religiöse Besonderheit; sie findet daher ihren Schutz, mag es sich um den Gott eines confessionslosen Theisten handeln, oder um den Gott des Christen, Juden oder Muhammedaners. Nur muß die

Verletzung des Gottes einer bestimmten Religion eine Verletzung der Gottesidee selbst in sich schließen.

Die herabwürdigende Behandlung der speciellen Art, in welcher die eine Religion oder Secte die Gottesidee entwickelt hat, insbesondere der Tadel, auch der beschimpfende Tadel einer Art der Gottesidee, welche eine bestimmte Religion ausgeprägt hat, ist nicht Gotteslästerung, sondern kann höchstens Verletzung der betreffenden Religion sein; so insbesondere, wenn Jemand eine, nach seiner Anschauung unvollkommenen Gottesidee an einer vollkommeneren oder geläuterten Gottesidee mißt und etwa seinem Tadel über die betreffende Idee Ausdruck gibt. Es ist daher keine Gotteslästerung, wenn etwa Jemand den Götzen eines Fetischanbeters oder den Thiergott eines animistischen Naturvolkes höhnend behandelt — es ist keine solche, auch wenn man von der Frage des Monotheismus absehen will; eine Gotteslästerung entstünde nur, wenn die Lästerung gegen die Gottesidee selbst gerichtet wäre: wenn man nicht die vollkommenere oder unvollkommenere Emanation der Idee als solche, sondern die Idee selbst höhnen würde.

Wie soeben bemerkt, kommt bei der Gotteslästerung die theistische und zwar die monotheistische Gottesidee als solche in Betracht, nicht der Gottesglaube der einzelnen Religion oder Confession.*) Damit ist nicht gesagt, daß die Lästerung der besonderen Gestaltung, welche die Gottesidee in den einzelnen Religionen gefunden hat, ohne weiteres straflos bliebe. Auch diese kann gestraft werden; aber sie wird nur bestraft als Lästerung der betreffenden Religion, sofern und soweit die betreffende Religion geschützt wird und soweit die Lästerung des von der betreffenden Religion verehrten Gottes zugleich eine Lästerung dieser Religion oder ihres Kultus enthält. Daraus ergibt sich die Beantwortung der Frage, wie etwa eine satirische Besprechung der indischen Trimurti beurtheilt wird oder des Verhältnisses des islami-

*) Vgl. auch Villnow im Gerichtssaal XXXI. S. 528. Wenn man hiergegen erklärt hat, daß eine Gottesidee ohne die Grundlage einer bestimmten Religion eine Abstraktion bilde, so ist dies unrichtig. Jede monotheistische Gottesidee bezieht sich auf ein reales persönliches Wesen, von welchem sich die Einzelnen allerdings eine verschiedene Vorstellung machen mögen; aber darum ist die Beziehung doch eine Beziehung zu einem wirklichen Wesen, ebenso wie wenn die Kinder einer Familie ihren Vater verehren, den sie nicht persönlich kennen und von dem sie sich eine verschiedene Vorstellung gebildet haben.

tischen Gottes, oder eine satirische Behandlung des Buddhaglaubens u. a.

Von viel größerer Wichtigkeit ist es, ob eine Beschimpfung der heiligen Person Christi als Gotteslästerung zu betrachten sei.*) Dieses ist vielfach ohne weiteres bejaht worden; aber unrichtig. Wenn die Beschimpfung Christi indirekt eine Beschimpfung der Gottesidee enthält, sofern gerade Christus als Gottessohn zum Gegenstand einer schmähenden Behandlung wird, dann liegt Gotteslästerung vor. Sofern aber Jemand die historische Persönlichkeit Christi, etwa unter ausdrücklichem Läugnen ihrer göttlichen Eigenschaft, schmäht, liegt eine Gotteslästerung nicht vor; es kann allerdings Beschimpfung der christlichen Religion vorliegen, wovon S. 180 zu handeln sein wird.

Dies ist sehr wichtig; man denke sich nur, daß eine Sekte entstehen würde, welche die Person Christi in ganz anderer Weise charakterisiren würde, als die herrschenden Kirchen; eine Lästerung der von dieser Sekte gelehrten Persönlichkeit wäre eine Beschimpfung der betreffenden Sekte, und es käme darauf an, ob diese Sekte strafrechtlichen Schutz findet oder nicht.

Die Gotteslästerung muß eine Lästerung sein; d. h. es genügt nicht die bloße Negation; es genügt auch nicht die wissenschaftliche Deduktion der Negation. Im Gegentheil — die wissenschaftliche Lehre, mag sie zum Glauben oder Unglauben führen, muß völlig erlaubt sein. Unter Lästerung versteht man eine, von der wissenschaftlichen Kritik und Skeptik verschiedene Herabsetzung und Herabwürdigung, eine Aeußerung der Verachtung des Gottesglaubens; eine Aeußerung, welche eine Geringschätzung des Gottesglaubens involvirte, ihn in seiner intellektuellen oder sittlichen Bedeutung herabdrücken wollte.

Die Absicht, in welcher die Lästerung gemacht wird, entzieht der Lästerung ihren Charakter nicht: eine Lästerung kann von dem lebhaftesten Streben des Andersglaubens eingegeben sein; eine Lästerung ist vielleicht nur die negative Kund-

*) Unrichtig die Ansicht, welche für den Gottesbegriff den Gottesbegriff der christlichen Kirche entscheiden lassen will; so Obertrib. 15. Februar 1873, 16. November 1876, Stenglein, N. F. II. S. 232, VII. S. 60; Bayerischer Cass.Hof 12. Oktober 1877 ib. N. F. VIII. S. 122; oder wie das Reichsgericht annimmt, den Gottesbegriff der christlichen Kirche und der mit Korporationsrechten versehenen Religionsgemeinschaften, R.G. 3. März 1882, Entsch. VI. S. 77. Unrichtig auch der österreich. Cass.Hof 15. Mai 1874, 16. Nov. 1875 bei Nowak, Plenarbeschl. I nr. 9. 88.

gebung einer entgegengesetzten philosophischen oder religiösen Vorstellung, aber Lästerung bleibt sie darum doch.

Gerade hier wäre aber die Klippe, wo die gesetzliche Bestimmung in die wissenschaftliche oder religiöse Diskussion eindringen könnte. Sollte Jemand, welcher die verschiedenen Arten idealistischer Weltbeobachtung, etwa Theismus, Pantheismus, Monismus, optimistischen, pessimistischen Monismus u. a. in Parallele stellt, Gefahr laufen, in das Strafgesetz zu fallen, wenn er dem Theismus etwa nicht die höchste Stellung einräumen, und sich damit nicht begnügend, etwa noch die Behauptung aufstellen würde, daß derselbe gegen die oder jene Thatsachen oder Beobachtungen verstieße? Würde man die Bestimmung, daß eine jede Lästerung der Idee des persönlichen Gottes strafbar ist, energisch durchführen, so wäre damit eine schiefe Ebene gegeben, und der Forscher, welcher nicht sehr vorsichtig seine Ausdrücke abwägen würde, könnte, indem er etwa andere Systeme als in der intellektuellen Würdigung bedeutungsvoller erklärte, dazu kommen, bezüglich des Theismus sich einiger Ausdrücke zu bedienen, in welchen man eine Lästerung finden könnte.*)

Darum hat das deutsche Gesetz noch eine andere Bestimmung beigefügt. Die Gotteslästerung an sich ist noch nicht strafbar — sie ist nur strafbar, wenn sie in beschimpfenden Aeußerungen stattfindet. Damit ist die Grenze richtig gezogen, die freieste wissenschaftliche Diskussion der Gottesidee ist gewahrt.

Eine Gotteslästerung in beschimpfenden Ausdrücken liegt nur dann vor, wenn sich der Thäter solcher Ausdrücke bedient, welche die Gottesidee außerhalb der Sphäre des philosophischen Ideenkreises stellen und in das Gebiet der unwürdigen Trivialität herabziehen. Der Staub des Trivialen ist es, welcher von jeder Aeußerung über die Gottheit fern bleiben soll.**)

Es fragt sich, ob der Scherz erlaubt ist, sofern er nur nicht gerade herabwürdigender Natur ist. Hier ist zu unterscheiden: hält

*) Abweichend Hälschner II. S. 705.

**) Vgl. auch Kassationshof Darmstadt 1877, Stenglein N. F. VIII. S. 121. Daß die Beschimpfung den Charakter der Formalinjurie annimmt, d. h. in Ausdrücken stattfindet, die schon an sich, ohne Rücksicht auf den Zusammenhang des Ganzen, entwürdigend sind, ist allerdings nicht erforderlich. Vgl. Kass.-Hof Darmstadt 22./4. 1873, Stenglein N. F. II. S. 315.

sich der Scherz auf dem Gebiet der gemüthlichen Bonhommie, so liegt eine Religionsverletzung nicht vor — sollte auch der Scherz an sich unwürdig sein und zu gerechtem Anstoß führen: so lange sich der Scherz auf dem Gebiete des gemüthlichen Humors hält, kann er zwar Verspottung sein, aber nicht Lästerung und Beschimpfung.*) Daher ist durchaus nicht jede Travestie strafbar. Ganz anders der beschimpfende Scherz, welcher gewaltsam den Gemüthszauber zerstört und uns die heiligen Dinge in trivialen Erniedrigungen vorführen, oder gar dieselben zu schrecklicher Gemeinheit verzerren würde. Das Gemeine, das Triviale ist, wie die Grenze der Kunst, so auch die Grenze der Zulässigkeit der Aeußerung über religiöse Dinge.

Die Gotteslästerung besteht daher in einer solchen Aeußerung, welche die Idee des persönlichen Gottes herabsetzt, indem sie die Idee in das Gemeine, in das Niedere herabzieht.

Die Beschimpfung setzt nicht das Mittel der Sprache voraus, sie kann auch durch bildliche Darstellung geschehen, auch durch symbolische Handlungen.

Man hat allerdings angenommen, daß eine beschimpfende Aeußerung das Hülfsmittel der Sprache erfordere;**) das ist unrichtig; jedenfalls ist eine symbolische Handlung eine Aeußerung, und eine solche kann auch in einem Bilde liegen, welches das Heilige in den Staub zerrt; was an dem Bilde strafbar ist, ist eben die in dem bildlichen Hinweise liegende beschimpfende Darstellung oder Aeußerung.

Das Fluchen ist zwar eine schwere Ungehörigkeit, aber es ist nicht als Gotteslästerung im Sinne des Gesetzes zu betrachten. Denn es kommt dem Fluchenden nicht darauf an, die Gottheit herabzusetzen oder sich überhaupt über die Gottheit zu äußern, sondern er will seinem Unwillen, seiner Leidenschaft oder auch seiner Frivolität einen rohen Ausdruck geben, indem er das Hehrste und Heiligste in den Mund nimmt, indem er das Hehrste und Heiligste zum Ausdrucksmittel seiner unheiligen Gefühle macht. Der Fluchende hat daher nicht die Ab-

*) Man vergleiche auch die Entscheid. des Reichsgerichts 21/2. 1884 Entsch. X. S. 146; vgl. auch die Entsch. des Kammergerichts 9./10. 1874 und des Obertribunals 20./1. 1875 in Stenglein N. F. IV. S. 311; Obertribunal 27./9. 1876, Oppenhoff Rechtspr. XVII. S. 603; Braunschweigisches Obergericht 31./3. 1874, Stenglein N. F. III. S. 309.

**) Vgl. Olshausen S. 670 und die Citate daselbst.

sicht, er hat auch nicht den Vorsatz, das Göttliche herabzuziehen, weil er überhaupt kein Urtheil über das Göttliche geben, sich über dasselbe nicht aussprechen will. Das Fluchen ist daher ein schwerer Unfug und eine Bestrafung ist angemessen; eine Bestrafung wegen Gotteslästerung aber wäre viel zu hart, insbesondere wenn man berücksichtigt, daß das Fluchen bei vielen Personen eine Gewohnheit ist, welcher sie nachgeben, ohne daß sie sich noch der Bedeutung der Worte bewußt sind.*)

§ 4.

Da die Religionsdelikte nicht als Delikte gegen die Gottheit, sondern als Delikte gegen das Kulturinteresse religiöser Gesinnung und Gesittung zu betrachten sind, so versteht es sich von selbst, daß die Gotteslästerung nur dann bestraft wird, wenn dieselbe in einer Weise vollzogen wird, daß dadurch eine Störung dieser Interessen zu befürchten ist; und zwar darf man in dieser Hinsicht nicht den einzelnen Fall, losgelöst von allen anderen, ins Auge fassen, sondern man muß fragen: wird durch solche Gotteslästerungen, wenn man sie straflos hingehen läßt, das genannte Kulturinteresse wesentlich verletzt?

Mit Recht hat daher die Gesetzgebung (§ 166) das Prinzip statuirt, daß nur eine öffentliche Lästerung als strafbar erscheint, d. h. eine Lästerung in solcher Weise, daß die Aeußerung in thesi über einen Kreis individuell bestimmter Zuhörer hinausgeht.**) Der Begriff der Oeffentlichkeit beruht darauf, daß der Privatverkehr überschritten wird und der Einzelne aus dem Kreise des gewöhnlichen individuellen Lebens heraus ins Publikum wirkt. Die Aeußerungen der Irreligiosität im privaten Kreise sind nicht so gefährlich, daß der Staat hiergegen strafrechtlich einzuschreiten hätte. Wer aber dabei die Schranken des individuellen Lebens durchbricht, der wühlt damit in dem Marke des Volkes, er bringt einen Giftkeim hinein, der sich weiter verbreiten kann: Leichtfertigkeit und Frivolität werden heimisch.

Ein solches Ueberschreiten des privaten Kreises liegt nicht schon dann vor, wenn ein größerer Kreis versammelt wird, da sich das

*) Vgl. Oesterreich. Cass.Hof 19. Juni 1880 (Nowak, Plenarbeschl. III 264). Das englische Recht bestraft das Fluchen mit Geldstrafe, Stephen Comment. IV. p. 209 ff.

**) Das Schwedische Strafgesetz Kap. 7 § 1 und 2 hatte diese Beschränkung nicht; anders nunmehr Gesetz vom 28. Oktober 1887 (Svensk Författnings-Samling 1887 nr. 82): hier heißt es: allmän förargelse.

private Leben auch in reich besuchten Cirkeln abspielen kann; wohl aber dann, wenn es an einer individuellen Beschränkung des Cirkels fehlt, indem entweder jede beliebige Person zugelassen wird, oder bei der Zulassung der Personen die Individualität außer Betracht bleibt (Billets mit oder ohne Entrée), oder die Zulassung unbestimmter Personen sich aus der Lokalität von selbst ergibt (Aeußerung unter offenem Himmel).*) Dabei ist natürlich nicht die Lokalität an sich entscheidend, sondern diese in Verbindung mit der Art der Aeußerung: sofern die Aeußerung in einer Weise gemacht ward, daß sie bestimmungsgemäß, kraft der Lokalität, solchen individuell unbestimmten Personen zugänglich wurde. Daher liegt eine Oeffentlichkeit nicht vor, a) wenn sie so gemacht wurde, daß sie bestimmungsgemäß nur der Einzelne hören sollte, auch wenn sie zufälliger Weise ein dabei stehender gehört hat, z. B. wenn Jemand im Theater oder Konzert dem Freunde etwas ins Ohr raunt; sie liegt b) dann nicht vor, wenn sie zwar bestimmungsgemäß eine solche Person hören konnte, wenn sie sie aber nicht gehört hat; so wenn es sich etwa um eine selbst sehr laute Aeußerung in der Wüste oder im Walde handelt, wobei aber außer dem Freunde, dem sie gemacht wurde, Niemand in der Nähe war, welcher sie hörte. Denn wenn sie der Freund hört, so ist das ein Vernehmen kraft der Aeußerung als einer individuellen Konversation, nicht kraft der Aeußerung als einer bestimmungsgemäß an ungewisse Personen gerichteten Rede.

Die öffentliche Aeußerung kann namentlich auch erfolgen durch den Druck (auch durch Bildwerk); es genügt dabei, daß das Druckwerk für eine solche Vielheit von Personen bestimmt ist und daß mit der Verbreitung (mindestens durch Uebergabe an *einen* Abnehmer) begonnen worden ist.**)

Die Aeußerung muß öffentlich erfolgen, sie muß aber auch Aergerniß geben: es genügt nicht die ärgerliche Eigenschaft derselben; d. h. von den Personen, welche die Aeußerung kraft ihrer Oeffent-

*) Daß eine Menge anwesend ist, ist allerdings nicht erforderlich; Sächs. O.A.G., 21. April 1873, Stenglein, N. F. III. S. 7.

**) Vgl. Reichsgericht, 23. Dezember 1881, Entsch. V. S. 354. Die Uebergabe des Pflichtexemplars an die Behörde würde nicht genügen; denn dies ist keine bestimmungsgemäß auf das Publikwerden des Inhalts der Zeitung gerichtete Thätigkeit.

lichkeit gehört haben, muß mindestens eine Person sein, welche sich in ihrem religiösen Gefühle verletzt findet.*) Die Gesetzgebung geht hier von der Idee aus: wenn lauter solche Personen, welche für die Sache stumpf sind, in deren Gefühlen die Aeußerung keinen Eindruck macht, die Sache gehört haben, so ist derselben kein direkt verderbender Einfluß zuzuschreiben: die Aeußerung ist ohne entsittigenden Effekt geblieben.**)

Allerdings kann eine solche Aeußerung indirekt entsittigend wirken, indem sie weiter bekannt wird; aber auf gleiche Weise kann ja auch eine private Aeußerung nachträglich dritten Personen bekannt werden und auf diese wirken – solche indirekte Wirkung ist zwar bedauerlich, die Gesetzgebung findet es aber mit Recht nicht für angezeigt, auch hierauf das Strafrecht auszudehnen; denn man darf die Aeußerungen des individuellen Lebens nicht zu sehr unterbinden. Ein Aergerniß, welches erst indirekt durch nachträgliches Bekanntwerden des bereits vollendeten Beschimpfungsaktes erregt würde, wäre daher nicht genügend, um den Thatbestand des Deliktes zu erfüllen.***)

§ 5.

Die Aeußerung behält ihren beschimpfenden Charakter, ohne Rücksicht darauf, ob der Thäter daran glaubt oder nicht. Nicht das wird vorausgesetzt, daß der Thäter den Glauben hat, das göttliche Wesen durch seine Lästerung zu treffen, sondern wesentlich ist nur, daß seine Aeußerung das religiöse Gefühl trifft und daß er sich dessen bewußt ist.†)

Wohl aber muß der Thäter die Aeußerung entweder von sich aus machen oder sie weiter verbreiten in der Absicht der Verbreitung.††) Wer die Aeußerung eines Anderen zur Verfolgung eines

---

*) Vgl. Reichsgericht, 10. Oktober 1887, Entsch. XVI. S. 245, 247. Vgl. auch Sächs O.A.G., 18. Dezember 1874, Stenglein N. F. V. S. 43.

**) Aehnlich § 183: wer durch eine unzüchtige Handlung öffentlich ein Aergerniß gibt.

***) Vgl. auch Villnow, Gerichtssaal XXXI. S. 530 ff; Olshausen S. 671.

†) Vgl. auch Obertrib., 17. Mai 1878, Stenglein N. F. VIII. S. 123.

††) Vgl. auch Obertrib., 4. Oktober 1865, Rechtsprechung VI. S. 350.

rechtlichen Interesses wiedergibt, so z. B. um seine Mißbilligung zu zeigen, um eine Besprechung daran zu knüpfen, um eine Gerichtsverhandlung zu erzählen, der beschimpft nicht, sondern er äußert sich über die Beschimpfung Anderer. Dasselbe gilt auch dann, wenn ein Dichter einem Menschen im Epos, Roman oder Drama beschimpfende Ausdrücke in den Mund legt: dadurch schimpft der Dichter nicht, er zeigt nur Personen im Leben mit ihren Lastern. Etwas anderes wäre es nur, wenn aus dem Ganzen hervorginge, daß der Dichter die beschimpfenden Aeußerungen zu den seinigen machte und daß er die lästernde Person lediglich gestaltet hat, um seine eigenen Blasphemien an die Oeffentlichkeit zu bringen.

Ebenso liegt eine Beschimpfung nur dann vor, wenn in der Aeußerung selbst die beschimpfende Spitze liegt. Sollte erst durch indirekte Folgerung aus dem Gesagten etwas Beschimpfendes sich ergeben, so ist von einer Beschimpfung keine Rede. Es ist hier ebensowenig, wie bei der Beleidigung, gestattet, Jemanden etwas aufzubürden, was er nicht gesagt hat, was er aber hätte sagen müssen, wenn er in der Aeußerung konsequent fortgefahren wäre. Niemand kann gezwungen werden, konsequent zu sein. Von einer indirekten Beschimpfung im Sinne einer bloßen, aus ihr zu ziehenden, Konsequenz ist keine Rede; jeder steht für die Konsequenzen ein, die er selbst zieht.

§ 6.

Wie die Beschimpfung der Gottheit bestraft wird, so die Beschimpfung einer Religionsgenossenschaft, ihrer Einrichtungen oder Gebräuche (§ 166). Hier ist aber eine wesentliche Beschränkung gegeben: geschützt sind nur christliche Kirchen, sonstige Konfessionen nur, wenn sie in Deutschland Korporationsrechte genießen.*) Der Grund der Beschränkung ist offensichtlich; in unseren Inlandsverhältnissen hat nicht jede Religion eine ausschlaggebende Wirksamkeit, und nur diejenigen, welche eine solche Rolle im Inlande spielen, genießen den inländischen Schutz.

Den Schutz genießen die christlichen Kirchen, d. h. alle Religionsgenossenschaften, welche ihren Ursprung auf Christus als den

*) Bezüglich der Schutzgebiete vgl. unter S. 182 ff.

Stifter zurückführen und welche sich als Kirchen darstellen, d. h. welche ihre Bedeutung dadurch bethätigen, daß sie entweder eine Organisation durch staatliche Organe erlangt haben, oder eine Organisation haben, welcher, wie der Organisation der katholischen Kirche, eine staatliche Bedeutung beigelegt worden ist. Daher gehören auch die anglikanische und die russische Kirche hierher.*) Zwar hat man angenommen, auch eine christliche Kirche komme nur dann in Betracht, wenn sie innerhalb des Bundesgebietes mit Korporationsrechten bestehe, weil es in § 166 heiße: eine der christlichen Kirchen oder eine andere mit Korporationsrechten innerhalb des Bundesgebietes bestehende Religionsgesellschaft; allein diese Worte sind so aufzufassen: eine christliche Kirche oder eine andere Religionsgesellschaft, diese letztere aber nur, sofern sie innerhalb des Bundesgebietes mit Korporationsrechten besteht. Darum sind die christlichen Kirchen von den übrigen Religionsgesellschaften verschieden: bei ihnen fällt ein solches weiteres Erforderniß weg.

Die Kirchenfrage ist insbesondere bezüglich des Altkatholicismus aufgetreten. Hier hat man sich auf einen prinzipiell unrichtigen Standpunkt gestellt, indem man die dogmatische Stellung des Altkatholicismus in der seitherigen katholischen Religionsgeschichte als entscheidend erklärte. Auf die Frage, welche der beiden katholischen Gemeinschaften die dogmatische Fortsetzung der seitherigen katholischen Kirche enthält, kommt es aber für das Strafrecht nicht an. Wenn heutzutage eine Kirche auf all ihre Vergangenheit verzichtete und eine wesentlich andere Lehre annähme, eine Lehre, welche zugleich die Beziehung der Glieder der Kirche zu einander änderte, so würde dies bezüglich des staatlichen Schutzes nicht das Geringste ausmachen, solange nur ihre Organe dieselbe Stellung im Staate genössen und die Religionsgenossenschaft noch als eine christliche zu betrachten wäre. Und so kommt die Continuität des Glaubens juristisch gar nicht in Frage, solange der Staat die katholischen Bischöfe als Bischöfe, den Papst als Papst betrachtet.

---

*) Eine Beschimpfung der Union kann eine Beschimpfung der unirten Kirche enthalten und ist insofern strafbar; vgl. O.A.G. Berlin, 15. April 1868, Oppenhoff, Rechtsprechung IX. S. 271. Uebrigens wird vorausgesetzt, daß es sich um eine Staatsreligion handelt, welche mit unserem inländischen Kulturleben Berührung hat.

Wenn man daher die Entscheidung darauf gestellt hat,*) daß es eigentlich darauf ankäme, bezüglich welcher Kirche die richtige Continuität im katholischen Glauben zu konstatiren sei, daß aber die Gerichte dies nicht entscheiden könnten und man daher den Ausweg nehmen müsse, entweder beide Theile, die (vaticanischen) Katholiken und die Altkatholiken zu schützen, oder keinen der beiden Theile einzeln zu schützen — also einen Schutz nur zu gewähren, wenn der Katholicismus überhaupt zum Gegenstand des Angriffs gemacht werde: so ist der ganze Ausgangspunkt verfehlt.

Das Richtige ist: da der Staat die katholischen Bischöfe und den Papst anerkennt, wie früher, so stehen die Katholiken, welche das Unfehlbarkeitsdogma angenommen haben, unter dem staatlichen Schutze. Da aber auch ein altkatholischer Bischof und die weitere Organisation der Altkatholiken im Staate mit staatlicher Bedeutung anerkannt ist, so genießen auch die Altkatholiken als solche den staatlichen Schutz.

Neben den Kirchen kommen die übrigen Religionsgesellschaften in Betracht, sofern, aber auch nur sofern sie als Religionsgenossenschaften Korporationsrechte genießen. Während die Kirchen solche Religionsvereinigungen sind, welche in die staatliche Organisation eintreten, so sind die genannten Religionsgenossenschaften mindestens insofern staatlich bestätigt, als der Staat ihren Vereinigungen Persönlichkeitsstellung und Persönlichkeitsrechte einräumt. Dieselben müssen daher eine oder mehrere Gemeinschaften mit juristischer Persönlichkeit bilden,**) und zwar Gemeinschaften, welche im Inlande ihren Mittelpunkt haben: nicht erforderlich ist, daß sie den Hauptmittelpunkt in das Inland verlegen, wohl aber, daß wenigstens einer der Kreise, in welche die Gesammtheit der Religionsmitglieder sich theilt, im Inlande seinen Mittelpunkt hat.

---

*) Man vergleiche beispielsweise die Entsch. des Obertrib., 20. Oktober 1874, 24. Mai 1873, 25. September 1877, Stenglein N F. III. S. 57, IV. S. 307, VII. S. 273; bad. Oberhofgericht, 15. Januar 1876, Stenglein VI. S. 136; bayerischen Kassationshof, 15. September 1873, Stenglein N. F. III. S. 101.

**) Nicht nöthig ist, daß die Gesammtheit der Religionsmitglieder eine einheitliche Korporation bildet; es genügt, wenn die einzelnen Gemeinden Korporationsrechte genießen: damit ist die staatliche Anerkennung völlig bethätigt. Obertrib., 11. Oktober 1877, Oppenhoff, Rechtspr. XVIII. S. 644.

Man könnte fragen, warum diese Beschränkung? warum es für den Schutz nicht genüge, daß einfach ein religiöser Verein im Inlande als solcher angemeldet und gestattet ist? Allein die Gesetzgebung nimmt an, daß, wenn sich im Inlande solche Kulte bilden, der inländische Staat möglicherweise seine genügenden Gründe haben kann, ihnen das Kultusleben zu gestatten, ohne daß er ihnen einen solchen Einfluß auf das Kulturleben der Nation zugesteht, daß ein besonderer Schutz gegen Schmähungen — ein Schutz, welcher über das Maß des gewöhnlichen Schutzes der persönlichen Ehre der Einzelnen hinausgeht — als geboten erschiene. Die Gesetzgebung geht davon aus, daß, wenn solche Gemeinschaften einen größeren Einfluß gewinnen, sie auch Korporationsrechte erlangen werden; damit ist den wesentlichen Postulaten entsprochen.

§ 7.

Geschützt sind die Religionsgenossenschaften als solche gegen Beschimpfung. Eine Beschimpfung der Genossenschaft liegt aber vor, wenn die Genossenschaft mit ihrer Thätigkeit, ihren Bestrebungen und Zielen in das Gemeine herabgewürdigt wird; sie liegt auch dann vor, wenn die Beschimpfung sich auf die Mitglieder der Genossenschaft mit Rücksicht auf ihre Theilnahme an derselben bezieht: wenn also die Behauptung entweder auf die Art geht, wie die Einzelnen von der Genossenschaft beeinflußt werden, oder auf den Charakter, welchen die Genossenschaft bei der Weise ihrer Mitglieder annehme.

Die Beschimpfung der Religionsgenossenschaft kann auch indirekt durch Beschimpfung der Gegenstände ihrer Verehrung geschehen; wovon alsbald (S. 128 ff.) zu handeln ist. Sie kann durch Worte, sie kann auch thätlich erfolgen.

Aber nicht nur die Genossenschaft selbst genießt ihren Schutz, sondern auch das religiöse Leben in der Genossenschaft. Hier ist jedoch ein wichtiger Unterschied zu machen.

Nicht die Lehren, sondern die Einrichtungen und Gebräuche der einzelnen Religionen sind geschützt.*) Eine Lehre steht nicht

*) Im Gegensatz zum Preuß. St.G.B. § 135, welches „Gegenstände ihrer Verehrung, ihre Lehren, Einrichtungen oder Gebräuche" aufführte. Vgl. auch Sächs. O.A.G. 19. Mai 1876, Stenglein N. F. VII. S. 59.

nur der vollen Discussion offen, sondern auch eine Schmähung, eine scherzhafte Verzerrung findet keine Strafe, sofern nicht etwa damit die ganze Religionsgemeinschaft betroffen wird, oder sofern nicht die Beschimpfung eine Spitze hat, welche zugleich „Einrichtungen" oder „Gebräuche" trifft.

Die Gesetzgebung geht hier von der Anschauung aus, daß eine Religion mehr durch Einrichtungen und Gebräuche, als durch die vielleicht wechselnde und vielleicht sehr controverse Lehre zusammengehalten wird. Die Stützen einer Religion sind die Einrichtungen, d. h. die Verkörperung der religiösen Gedanken in der Organisation der kirchlichen Gemeinschaft, und die Gebräuche, d. h. die Verkörperung derselben im kirchlichen Kultus: die Einzelheiten des Kultus sind die Gebräuche. Mit Einrichtungen und Gebräuchen ist daher gesagt: die Verkörperungen des religiösen Gedankens in der Hierarchie oder Kirchenverfassung einerseits, und im Kultus anderseits; beides ist Gegenstand strafrechtlichen Schutzes.

Sprechen wir zunächst von den Einrichtungen: den strafrechtlichen Schutz genießt hiernach: das Papstthum und zwar das Papstthum nach der jetzigen Lehren der katholischen Kirche, insbesondere also das Papstthum mit der Unfehlbarkeit. Das Unfehlbarkeitsdogma an sich ist als Dogma nicht geschützt, wohl aber die Darstellung dieses Dogmas in der Gestalt des unfehlbaren Papstthums. Ebenso ist das Cölibat eine Einrichtung der katholischen Kirche, wie die Priesterehe eine solche der protestantischen*); ebenso ist das Mönchswesen eine Institution des Katholizismus.**)

Was aber den Kultus betrifft, so wird hier der Kultus im weitesten Sinne verstanden: es ist der Kultus als Verkörperung des religiösen Lebens. Die Handlungen, welche sich auf die religiöse Erbauung beziehen — Kulthandlungen — sind daher nicht bloß officielle Kultakte, unter Zuzug der ganzen Gemeinde oder unter Zuzug eines Geistlichen, sondern auch private Kultakte, z. B. das Gebet des Einzelnen. Vorausgesetzt ist nur, daß es sich um Akte handelt, welche von der Religionsgesellschaft als Aeußerungen ihres religiösen Lebens officiell anerkannt sind: es braucht kein officiel vorgenommener Akt zu sein, aber es müssen Akte sein, welche die Religionsgenossen-

*) Vgl. Obertrib. 27. April 1876 Oppenhoff Rechtspr. VII. S. 286.

**) Vgl. auch Olshausen S. 673 und die Citate daselbst.

schaft als die ihrigen anerkennt, oder solche, in welchen sich das speziell religiöse Leben bethätigt; wobei aber nicht nothwendig ist, daß alle Gemeinden dem betreffenden Kultgebrauche huldigen, sofern nur die Gemeinden eine bestimmte Selbstständigkeit in ihren kultlichen Einrichtungen haben. Dies ist beim Protestantismus anders, als bei den Katholiken.*) Sollte Jemand seinen religiösen Stimmungen noch durch besondere individuelle Handlungen Raum geben, so würden diese nicht hieher gehören.

Zu den geschützten Kulthandlungen gehört daher die Messe, das Kirchengebet, der Kirchengesang, die Predigt, die Spendung der Sacramente, die Segnung, die Processson, der Ablaß, die Wallfahrt, die Reliquienverehrung das Gebet, die Bekreuzigung bei dem Gebete. Auch die Opferspende gehört hieher, sofern sie während des Gottesdienstes erfolgt,**) nicht aber eine sonstige Spende in den Spendstock der Kirche, auch nicht das Kollektiren außerhalb der Kirche.***) Und zwar gehören die Kulthandlungen hierher sowohl in ihrem inneren Gehalte, als auch in ihrer äußeren Erscheinung: so insbesondere auch die Art der Ceremonie, die Ceremonienhandlung, das beim Kulte getragene geistliche Ornat u. a.†)

Zu den Kulthandlungen gehören aber nicht diejenigen Akte einer Kirche, welche zwar durch kirchliche Einrichtungen veranlaßt sind, aber in ihrer Wesenheit eine von der Kirche ausgeübte staatliche Funktion darstellen; so was die Stellung der Kirche bei der Mitaufsicht über die Schule betrifft u. a. ††)

Die Beschimpfung einer Lehre ist, wie bereits (S. 176) bemerkt, an sich nicht strafbar; sie kann jedoch über den unmittelbaren Gegenstand hinausgehen und zu einer Beschimpfung des Kultus werden. Dies ist eine Frage des einzelnen Falles. Die Lehre vom Fegefeuer hängt

---

*) Ueber Specialgebräuche einzelner protestantischen Gemeinden, vgl. Reichsgericht 3. Nov. 1881 Entsch. V. S. 188 ff.; über Spezialgebräuche jüdischer Gemeinden, Obertrib. 11. Sept. 1867 Oppenhoff, Rechtspr. VIII. S. 499.

**) Obertrib. 14. Juli 1869 Oppenhoff, Rechtspr. X. S. 507.

***) Unrichtig die bei Olshausen S. 674 cit. Entsch. des Reichsgerichts v. 30. Nov. 1880.

†) Sächs. O.A.G. 21. August 1874 Stenglein N. F. V. S. 44.

††) Reichsgericht 3. Dezbr. 1881 Entsch. V. S. 188 ff.

mit dem Ablasse und der Seelenmesse zusammen*), und ebenso steht der Marienkultus in Verbindung mit dem Dogma der unbefleckten Empfängniß;**) der Heiligenkultus mit der Lehre von den Heiligen. In solchen Fällen kommt es auf die Art der Aeußerung an, ob sie ihre Spitze zugleich gegen den Kultus richtet. Das muß aber wirklich der Fall sein, die Aeußerung muß sich von Haus aus gegen den Kultus kehren: eine solche Beziehung darf auch hier nicht durch indirekte Schlußfolgerung gesucht werden; das, was die Aeußerung direkt gibt, das ist das allein Maßgebende.

So kann auch eine Beschimpfung der Bibel eine Religionsbeschimpfung sein, sofern dadurch die auf die Bibel gebaute Religion oder Liturgie beschimpft wird***) — es muß aber aus der Art der Beschimpfung hervorgehen, daß dieselbe hiergegen ihre Spitze kehrt: eine bloße Beschimpfung der heiligen Bücher, aus welcher Dritte den Schluß ziehen könnten, daß die Beschimpfung sich consequent auch auf die ganze Religionsgesellschaft beziehe, würde nicht hieher gehören. Hier wie sonst ist es nicht gestattet, Jemandem auch dasjenige aufzubürden, was sich bei consequentem Denken aus seiner Aeußerung ergeben könnte.

Das Gleiche muß von dem Apostolischen Glaubensbekenntnisse gelten; dieses ist eine Zusammenfassung der wichtigsten christlichen Heilslehren. Allerdings kann auch die Beschimpfung dieses Bekenntnisses den Kultus mit berühren, sofern das Glaubensbekenntniß zugleich Kultusform ist; allein auch hier muß die Beschimpfung so gefaßt sein, daß sie speciell das Apostolische Glaubensbekenntniß als ein Kultgebet und Kultbekenntniß treffen will; sonst wäre die Beschimpfung nur eine Beschimpfung der christlichen Lehre und der Zusammenfassung der christlichen Lehre in der Form eines Bekenntnisses.†)

Dieselben Grundsätze gelten auch in anderer Beziehung. Gegen-

*) Vgl. Obertrib. 30. Juni 1874, Stenglein N. F. IV. S. 135.

**) Reichsgericht 8. Nov. 1880 Entsch. II. S. 428.

***) Vgl. Obertrib. 25. Sept. 1877 Stenglein N. F. VII. S. 274; Sächs. O.A.G. 4. Dezbr. 1874 Stenglein N. F. V. S. 45. Die Entscheidungen gehen theilweise zu weit. Unter dem Preuß. Strafgesetzbuch § 135 war es insofern anders, als hier auch die Gegenstände der Verehrung geschützt waren. Vgl. dazu Obertrib. 1. März 1866 Oppenhoff, Rechtspr. VII. S. 136.

†) Zuweit geht Obertrib. 6. März 1879, Oppenhoff Rechtsp. XX. S 129.

stände der Verehrung als solche sind ebensowenig strafrechtlich geschützt, als die kirchlichen Lehren — aber allerdings in dem Angriffe gegen solche Gegenstände der Verehrung kann ein Angriff gegen die Religionsgesellschaft oder deren Kultus in Wirklichkeit gefunden werden. Doch es kommt immer darauf an, ob der Angriff eine solche Beziehung nimmt.

Daß die Lästerung Christi, sofern dabei Christus als Gottessohn betroffen wurde, eine Gotteslästerung im engeren Sinne sein kann, wurde bereits oben (S. 167) bemerkt. Im übrigen ist die Lästerung Christi als Beschimpfung der christlichen Kirche zu betrachten, sofern die Beschimpfung der Person zugleich den Kultus trifft, in welchem die Person Christi ihre Verehrung genießt, oder sofern die Religionsgenossenschaften, welche ihr Wesen auf die Person Christi bauen, hierdurch mit herabgewürdigt werden. Ebenso kann eine Lästerung der Madonna oder der Heiligen eine Kultusbeschimpfung sein, sofern sie sich auf die Kultakte beziehen, bei welchen diese Personen ihre Verehrung empfangen.

Allüberall aber muß die Aeußerung eine Spitze bieten, welche gegen den Kultus oder gegen die Religionsgenossenschaft und ihre ideale Richtung sich wendet.

Man hat gefragt, ob die Beschimpfung eines in der Geschichte der betreffenden Konfession besonders bedeutsamen Mannes unter die gleiche Kategorie fällt. Dies ist im Allgemeinen zu verneinen.*) Auch die Beschimpfung des Stifters einer Konfession könnte nur dann hierher gehören, wenn die Beschimpfung eine Spitze hätte, welche auf die ganze Konfession als solche zielte. Das ist aber durchaus nicht immer der Fall; denn ein nothwendiger Nexus zwischen der Bedeutung der Person des Stifters einer Konfession und der Konfession selbst existirt nicht. Die gestiftete Konfession löst sich von der Person des Stifters los und folgt vielfach ihren eigenen Wegen.

Eine solche Beschimpfung wird zwar die Mitglieder verletzen; aber man kann nicht sagen, daß sie die Genossenschaft als solche herabwürdigt, sobald die Beschimpfung nicht eine besondere Beziehung auf die Konfession, als die Schöpfung des Stifters, annimmt; und

*) Vgl. auch Reichsgericht 8. Novbr. 1883 Entsch. IX. S. 158.

so etwas müßte ausdrücklich geschehen, nicht etwa bloß per consequentiam.

Bei alledem kommt natürlich nur die Beschimpfung der Einrichtung und des Kultaktes als solchen in Betracht; nicht die Beschimpfung eines bestimmten individuellen Vorganges, sofern bei demselben Mißbräuche oder individuelle Sonderheiten vorgekommen sind: hier kann die Beschimpfung sich möglicherweise nur auf das von dem normal Kultlichen Abweichende oder auf die Zuthaten beziehen, welche nicht zu der bestimmungsgemäßen Kultäußerung gehören. Ob die Beschimpfung die eine oder andere Richtung habe, ist Thatfrage.

§ 8.

Allüberall ist aber nur eine Beschimpfung strafbar; die freie wissenschaftliche, ja auch populäre Discussion ist gestattet. Insbesondere ist es gestattet, die Kulthandlungen in Vergleichung zu ziehen mit den Kulten anderer anerkannter oder nicht anerkannter Religionsgemeinschaften; es ist nicht strafbar, wenn Jemand etwa in gewissen Einrichtungen oder Kulthandlungen Schattenseiten zu entdecken vermeint, wenn Jemand in solchen Dingen etwas Verbesserungsfähiges zu erblicken glaubt und dieser Ueberzeugung Raum gibt; es ist nicht strafbar, wenn Jemand etwa eine bestimmte Feier als nicht sachgemäß bezeichnet u. a. Auch das Gebiet des Scherzes darf durchaus nicht gleich in das Strafbare gezogen werden, sofern nur der Scherz nicht herabwürdigender, zersetzender Art ist. Dagegen alles, wodurch eine religiöse Kulteinrichtung in ihrem inneren Gehalt oder in ihrer äußeren Entwickelung in das Gebiet des Trivialen, des Gemeinen herabgezogen wird, ist strafbar; dahin gehören die frechen Nachahmungen religiöser Gebräuche in Wirthshäusern, Vergnügungslocalen, dahin gehört eine zersetzende Verspottung des Heiligen in Witzblättern u. a.

Daß auch hier die Aeußerung öffentlich sein muß, ist begreiflich; dagegen kann es als auffallend erscheinen, daß hier das Requisit des Aergernisses fehlt, so daß eine Bestrafung auch dann eintritt, wenn alle bei dem öffentlichen Akte anwesenden Personen dabei unempfindlich geblieben sind oder gar dabei ihr Vergnügen gehabt haben*) Der Grund kann nur darin liegen, daß es sich hier um specielle

*) Vgl. Sächs. O.A.G. 4./7. 1874, Stenglein N. F. V S. 44. Anders das S. 170 cit. Schwedische Gesetz.

Religionsgenossenschaften handelt und daß daher die Verunglimpfung zugleich eine persönliche Spitze hat, zugleich einen injuriösen Charakter an sich trägt. Der injuriöse Charakter aber bewirkt eine Behandlung nach Analogie der Injurie, und bei der Injurie ist nicht erforderlich, daß die Aeußerung einer Person gegenüber gemacht wurde, welche sich verletzt fühlt: es genügt, wenn sie einer Person gegenüber erfolgte, durch welche sie an Dritte gelangen und Mißbilligung und Mißstimmung erregen kann.

§ 9.

Der Dolus ist der Bewußtseinsdolus: es genügt das Bewußtsein, daß eine solche Aeußerung einen beschimpfenden Charakter hat; eine Absicht zu verletzen wird nicht verlangt. Das Bewußtsein muß ferner dahin gehen, daß die Aeußerung eine öffentliche ist: eine Aeußerung, welche individuell bleiben soll, welche aber gegen den Willen des betreffenden öffentlich gehört wird, ist keine strafbare That; so wenn Jemand im Walde mit Jemand spricht, ohne daß es Dritte hören sollen, und ein Dritter es vernimmt. Die Ansicht aber, daß eine Religionsgenossenschaft nicht zu den geschützten gehört, kann nicht in Betracht kommen; denn eine Beschimpfung einer religiösen Gesellschaft geschieht nie bona fide, auch wenn der Thäter dabei annimmt, daß die Genossenschaft schutzlos bleibt (vgl. S. 74. 218). Ein anderes wäre es nur, wenn etwa der Thäter die Genossenschaft nicht für eine religiöse, sondern für eine politische oder wissenschaftliche hielte, oder wenn er etwa annehmen würde, daß es sich um eine außerhalb unseres Kulturlebens stehende Gesellschaft, etwa um ein Heidenthum handeln würde; weil in solchem Falle von einer gegen unser Kulturleben gerichteten mala fides nicht die Rede sein könnte.

§ 10.

Eine wichtige Frage taucht auf bezüglich der Schutzgebiete. Wenn wir auch für die Schutzgebiete in Bezug auf das Strafrecht Inlandsqualität annehmen*), so kann doch nicht gesagt werden, daß eine etwa im Schutzgebiete mit Korporationsrechten bestehende

*) Vgl. auch Stengel in Hirths Annalen 1889 S. 172 ff, 176 ff.; Meyer, Staatsrechtliche Stellung der deutschen Schutzgebiete S. 103, 90 ff.

Religionsgenossenschaft den strafrechtlichen Schutz genießen würde; jedenfalls nicht insofern, daß eine Aeußerung in Deutschland als eine strafrechtliche Verletzung einer dortigen Konfession erschiene. Denn die Bestimmung, daß eine mit Korporationsrechten versehene Konfession vom Staate als schutzberechtigt erklärt wird, ist eine präjudicielle Bestimmung des Staats- und Kirchenrechts, welche nicht in den Schutzgebieten Geltung hat.

2. Kultstörungen.

§ 11.

Der Kultus ist das greifbare Band der Religion; er ist besonders heilig zu halten: die reale Störung desselben ist das Religionsdelikt κατ' ἐξοχήν. Nicht jede Religion wird geschützt, was die verbalen Angriffe betrifft; aber jede im Staate bestehende Religionsgenossenschaft wird geschützt, was die faktischen Angriffe auf ihren Kult, was die Kultstörungen angeht (§ 166. 167).

Vorausgesetzt ist nur, daß die Genossenschaft eine im Inlande bestehende Religionsgenossenschaft ist. Religionsgenossenschaft ist aber eine Genossenschaft zum Zwecke der Befriedigung des religiösen (auf das Uebernatürliche gerichteten) Gefühles durch einen Kultus d. h. durch Weihehandlungen, welche den Menschen dem Uebernatürlichen näher bringen sollen. Eine Philosophenschule ist daher keine Religionsgenossenschaft, weil dieselbe sich zwar möglicherweise gleichfalls dem Uebernatürlichen nähern will, aber nicht kraft eines Kultus, sondern nur kraft des Gedankens, und weil sie daher in erster Linie eine Befriedigung des Denkens, nicht eine Befriedigung des Gefühles d. h. des unbewußten Strebens nach dem Unendlichen bezweckt. Auch eine Spiritistengesellschaft ist nie als Religionsgesellschaft zu betrachten, weil es sich hierbei vielleicht um das Streben nach Beziehung zn überirdischen Dingen handelt, aber dieses Streben nicht durch Kultus, sondern durch Materialisationen, Verkörperungen geistiger Wesen u. s. w. erreicht werden soll.

Ebenso kann eine künstlerische Gemeinde, welche durch Pflege des Schönen, und zwar durch Pflege einer bestimmten Art des Schönen sich dem Uebernatürlichen zu nähern glaubt, nicht hierher-

gehören. Man spricht zwar von einem Kultus des Schönen, man spricht von der Musik als der Manifestation des Unendlichen: allein allüberall erfolgt hier die Einwirkung durch die Mittel ästhetischen Genusses, nicht durch einen Kultus, eine Weihehandlung. Das Wesen der Weihehandlungen aber besteht darin, daß sie speciell der Verbindung mit dem Uebernatürlichen gewidmet sind, daß sie nicht etwa bloß per consequentiam das Gefühl des Unendlichen erregen sollen.

Eine Religion verlangt keine Geschichte: sie kann von einem Tage zum anderen entstehen. Wohl aber muß die Religion eine Gemeinde, eine Gruppe von Verehrern haben, welche die Verehrungsweise als die ihrige erklären; sie muß eine Gruppe von Verehrern haben, welche sich kraft dieser neuen Religion von den übrigen Religionen trennen. Irgend eine Klasse von Mitgliedern einer bestehenden Religion, welche lediglich gewisse Gebräuche für sich annehmen, wäre noch keine Religionsgesellschaft. Das Problem, ob Jemand mehrere Religionen haben kann — was ja in China vorkommen soll — ist hier nicht zu berühren; jedenfalls aber verlangt eine neue Religion, daß die Mitglieder im Moment ihrer Verehrung sich als eine besondere, von den übrigen Religionsmitgliedern verschiedene Klasse erklären.

Die Frage der Schutzgebiete tritt auch hier in den Mittelpunkt der Betrachtung. Auch hier wird man sagen, daß nur solche Religionsgenossenschaften, welche im deutschen Mutterlande bestehen, im Kolonialgebiete einen strafrechtlichen Schutz nach Maßgabe des St.G.B. genießen. Man kann nicht einen jeden heidnischen Kult in dieser Weise schützen; dies würde mit den Lebensverhältnissen in schweren Konflikt gerathen. Soll es unmöglich sein, einen heidnischen Zauberer zu verhindern, daß er einen heidnischen Kult übt? Soll man es dem Sendboten verwehren, einen heiligen Baum zu fällen? Man wird daher die Worte: eine im Staate bestehende Religionsgesellschaft, dahin interpretiren müssen, daß nur eine auch im Mutterlande bestehende Religion gemeint ist: diese genießt ihren Schutz. Im übrigen muß die Ordnung der religiösen Verhältnisse in den Kolonialgebieten in einer dort entsprechenden Weise erfolgen.

Vorausgesetzt ist also, daß eine Religionsgesellschaft im Inlande besteht, d. h. daß im Inlande mindestens *eine* ständige Gemeinde lebt.

Einige Passanten, welche vorübergehend im Inlande einen Kult feiern, könnten den Schutz der betreffenden Strafgesetze nicht beanspruchen*).

Der Schutz der Strafgesetze bezieht sich auf Kulthandlungen. Kult- oder Weihehandlungen sind, wie bereits oben erwähnt, diejenigen Handlungen, welche sich auf die religiöse Erbauung beziehen.

Aber nicht alle Kulthandlungen im obigen Sinne genießen den energischen Schutz, von welchem nunmehr zu sprechen ist. Dies ist auch leicht begreiflich. Die Beschimpfung von Kulthandlungen als Lebensäußerungen einer Religionsgesellschaft ist strafbar, mag es sich um offizielle Kultakte handeln oder um dasjenige, was die Gläubigen in ihrer Häuslichkeit zu ihrer Erbauung thun — sofern es sich nur um Kultakte handelt, welche von der Religionsgenossenschaft offiziell anerkannt werden. Denn das sind Erbauungsakte, die durch ihre Wiederholung in den einzelnen Familien des Volkes eine ganz unendliche Bedeutung für das gesammte religiöse Leben der Nation gewinnen, so daß es ein wesentliches Interesse des Kulturlebens ist, daß dieselben nicht herabgewürdigt werden.

Handelt es sich aber nicht um Beschimpfung des Kultus als einer allgemeinen Erscheinung, sondern um die Störung eines Kultaktes im einzelnen Falle, so ist es begreiflich, daß die Gesetzgebung es einem jeden Einzelnen überläßt, sein Hausrecht zu wahren, und daß der Staat nur dann energisch sich ins Mittel legt, wenn es sich nicht nur um offiziell anerkannte Kultakte, sondern um offiziell ausgeübte Kultakte handelt — also um Kultakte, bei welchen entweder die Kultgemeinde betheiligt ist, oder bei welchen zwar nur Einzelne sich betheiligen, aber unter Mitwirkung von Personen, welchen die Kultübung von der Religionsgesellschaft speciell auferlegt ist — also unter Mitwirkung eines Geistlichen.

Hiernach werden gegen solche reale Störungen geschützt:

1) der Gottesdienst,

---

*) Etwas anderes wird allerdings vielfach angenommen bezüglich des am Schluß des § 166 erwähnten Delikts, weil hier bloß von einer Kirche oder einem anderen zu religiösen Versammlungen bestimmten Orte, ohne Rücksicht auf das Bestehen der Religionsgesellschaft im Inlande, die Rede ist. Allein dieses Erforderniß muß a fortiori aus § 167 herübergezogen werden; denn man kann nicht annehmen, daß eine direkte Kultstörung nach Maßgabe des § 167 straflos, eine indirekte nach Maßgabe des § 166 (in fine) strafbar wäre.

2) gottesdienstliche Verrichtungen; ersterer unbeschränkt, letztere beschränkt

Gottesdienst aber ist eine Kulthandlung oder eine Reihe von Kulthandlungen, welche die Andacht einer Vielheit von Personen leiten und bestimmen soll;*) gottesdienstliche Verrichtung dagegen ist eine Kulthandlung, welche sich, mindestens zunächst, nur auf eine beschränkte Anzahl von Personen bezieht, wobei aber die Assistenz einer speziellen Kultperson, des Geistlichen, dem Akte eine offizielle Bedeutung verleiht.

Die letztgenannten Akte sind gottesdienstliche Verrichtungen — nicht Gottesdienst —, auch wenn sie publik vorgenommen werden und die Gemeindemitglieder anwesend sein dürfen; so ist die Taufe eine gottesdienstliche Verrichtung, ebenso die Beerdigung: denn beide wenden sich zunächst an den Einzelnen; die Messe dagegen, die Vesper, die Predigt sind Gottesdienst: sie wenden sich an die Gemeinde. Der Unterschied ist von Bedeutung, da, wie unten (S. 190) ersichtlich, nicht alles von den gottesdienstlichen Verrichtungen gilt, was vom Gottesdienst gilt.

Daß für die Handlungen eine streng geschlossene Form, ein abgemessener Ritus vorgeschrieben ist, ist nicht erforderlich.

Hat aber ein Akt oder eine Gesammtheit von Akten den Charakter des Gottesdienstes oder der gottesdienstlichen Verrichtung, so wird dieser Charakter nicht dadurch ausgelöscht, daß bei der Vollziehung desselben Fehler begangen werden und Verstöße gegen die rituelle Ordnung stattfinden.**) Voraussetzung ist nur, daß die ausgeübte Funktion die betreffende Kulthandlung zu erfüllen bestimmt ist und daß die charakteristischen Merkmale einer solchen vorhanden sind Ebenso können Excesse des Geistlichen in der Predigt nicht hindern, daß die Handlung immer noch Kulthandlung ist: selbst Ausfälle in der Predigt heben den Kultcharakter nicht auf, selbst nicht, wenn sie strafbar sind.

Anders wäre es, wenn die betreffende Handlung gar nicht mehr die Bestimmung hätte, einen Kultakt der betreffenden Konfession auszuüben oder wenn sie auch nicht einmal die wesentlichen Voraussetzungen desselben erfüllte; wenn etwa ein katholischer Geistlicher, der

*) Auch wenn kein Geistlicher assistirt, vgl Entsch. in Riv. Penale XXII p. 311.

**) Man vgl. auch Reichsgericht, 17. Januar 1884, Entsch. X. S. 42.

heimlich übergetreten wäre, oder ein evangelischer Geistlicher, welcher im Innern katholisch geworden ist, in der Kirche einen Akt vornehmen würde, welcher gar nicht mehr seiner eigenen Kirche angehört; oder, wenn Jemand, anstatt Predigt zu halten, ein Drama Schiller's vorlesen wollte u. A: hier würde der Schutz cessiren. Die Berührung politischer Fragen hebt den Charakter der Predigt nicht auf, sofern nur die Predigt eine Beziehung zum religiösen Leben oder Glauben behält; ebenso die Berührung kulturhistorischer Probleme der Vergangenheit oder Gegenwart. Dagegen würde die Predigt allerdings aufhören, Predigt zu sein, wenn der Geistliche von Haus aus auf jede Anknüpfung an die religiösen Fragen verzichtete und von Anfang an erklären würde, daß er lediglich eine Wahlrede halten wolle.

§ 12.

Nicht jede reale Störung der gottesdienstlichen Verrichtungen, ja nicht jede Störung des Gottesdienstes hat die Gesetzgebung für strafbar erllärt: nur die rechtswidrige Störung. Denn ein einzelnes Kulturinteresse wird nicht geschützt, losgelöst von allen übrigen: ein einzelnes Kulturinteresse wird geschützt, vorbehaltlich des Schutzes der subjektiven Rechte und der übrigen Kulturinteressen. Es kann daher leicht ein Zusammenstoß vorkommen, und bei einem solchen Zusammenstoß ist es eine Frage des einzelnen Falles, welches das prävalirende ist. Und auch wenn das betreffende Interesse im einzelnen Falle das prävalirende ist, so kann doch Jemand, welcher darüber im Irrthum ist und bei dem Konflikt solcher Interessen nach seiner Auffassung handelt, nicht als dolos betrachtet werden, sofern er in der Annahme handelt, daß er kraft seines Rechts oder Interesses zu einer solchen Thätigkeit berechtigt sei. Dies muß unten (S. 192) näher ausgeführt werden.

Aber auch was die rechtswidrige Störung betrifft, so hat das Gesetz nicht alles und jedes unter Strafe gestellt, sondern es hat gewisse Thatbestände herausgenommen, bei deren Eintreffen die Störung einen besonders gravirenden Charakter annimmt. Die gravirenden Momente aber können sein:

1) wenn sich Jemand an einem Diener der Religion selbst vergreift, um ihn von dem Gottesdienste zurückzuhalten, wodurch der Gemeinde der Gottesdienst entzogen werden kann;

2) wenn die Störung in gewisser besonders unehrerbietiger Weise geschieht, und wenn sie geschieht, obgleich die Kulthandlung in einem Orte stattfindet, der gerade dem Kultus geweiht ist;

3) wenn in einem solchen Kultorte ein beschimpfender Unfug begangen wird. Ein solcher Unfug stört den Kult, wenn er auch außer der Zeit des Gottesdienstes erfolgt.

In diesen drei Fällen erblickt die Gesetzgebung eine so nachhaltige Störung des religiösen Kultuslebens, daß sie es für angemessen erachtet, mit Strafe vorzugehen. Auf diese drei Richtungen müssen sich daher unsere Erörterungen erstrecken.

§ 13.

In erster Reihe spricht die Gesetzgebung (§167) von Hinderung des Gottesdienstes durch Thätlichkeit oder Drohung. Die Schwere des Vergehens liegt theils in dem Erfolg der That, theils in dem dazu gewählten Mittel. Was zunächst das letztere betrifft, so besteht einiger Streit. Das Gesetz spricht nicht von Gewalt oder Drohung, sondern von Thätlichkeit oder Drohung. Daraus hat man schließen wollen, daß eine direkte Affektion des Körpers der betreffenden Person stattfinden müsse, so daß es nicht genüge, wenn man die betreffende Persönlichkeit einsperrt und dadurch am Gottesdienste hindert. Jedoch ist dies nicht begründet. Man vergreift sich an der Persönlichkeit nicht nur durch faktisches Antasten, sondern auch durch andere körperliche Einwirkungen; und da hier nicht die körperliche Injuriirung, sondern nur der Hinderungszweck in Betracht kommt, so wird man jede den Körper treffende und dadurch die Person hindernde Gewaltthat als hinreichend erachten, vgl. auch § 339 R.St.G.B.*) Doch ist der Ausdruck Thätlichkeit nicht ohne Bedeutung: die Gewalt muß eine brutale Gewalt sein; eine Einschläferung durch ein Schlafmittel würde nicht genügen. Ist es berechtigt, beim Raube solche einschläfernde, die Person durch Einwirkung auf den Organismus physisch und psychisch niederdrückende, Mittel als Gewalt zu betrachten, so ginge dieses in unserem Falle doch zu weit; daher hat der Ausdruck Thätlichkeit seinen guten Sinn.

*) Ueber die verschiedenen Ansichten vgl. Hälschner II. 2. S. 713 ff.

Drohung ist aber jedes Inaussichtstellen eines Uebels für den Fall, daß der Betreffende seine Kultfunktion erfülle: das Inaussichtstellen eines Uebels nämlich, welches der Drohende für diesen Fall auf ihn entladen werde. Daß die Drohung ernstlich gemeint sei in dem Sinne, daß der Drohende wirklich das Uebel in Scene setzen würde, ist nicht erforderlich; wesentlich ist nur, daß die Drohung auf den Bedrohten Eindruck gemacht und in ihm die Befürchtung erregt hat: wesentlich ist ja nur, daß die Drohung eine motivirende Kraft besitzt. Auch das ist kein Erforderniß, daß das angedrohte Uebel ein Delikt ist; auch die Androhung mit einer Denunziation oder mit der Enthüllung eines Geheimnisses würde genügen.*) Ebensowenig wird erfordert, daß das angedrohte Uebel gegen den Bedrohten selbst gerichtet ist: es genügt insbesondere, wenn der betreffenden Kirche oder den Genossen derselben ein Uebel in Aussicht gestellt wird. Im Uebrigen muß allerdings die Drohung eine Drohung mit einem Eingreifen, mit einer Aenderung des Zustandes sein; eine Drohung mit einem Laisser-aller, z. B. mit der Nichtgewährung einer Geldunterstützung würde hier ebensowenig genügen, als bei der Erpressung.**)

Der Drohung und Gewalt steht es gleich, wenn ein Beamter durch Mißbrauch der Amtsgewalt oder Androhung des Mißbrauches eingewirkt hat (§ 339). Mit Recht: die staatliche Gewalt ist so mächtig, daß das einfache Wort des Magistrates wirken soll; hat also der Magistrat mißbräuchlich Jemandem die Erklärung zukommen lassen, er müsse den Gottesdienst unterlassen, so ist dies genügend: das Gebot braucht nicht durch physische Gewalt oder Drohung verschärft zu sein. Und ebenso genügt das Inaussichtstellen des Mißbrauchs der Amtsgewalt, wenn auch dieser Mißbrauch in einem bloßen Laisser-aller

*) Unrichtig Binding, Normen II. S. 527, welcher annimmt, daß in § 167 (und in § 114) die Drohung eine solche mit einer strafbaren Handlung sein müsse, ebenso wie in §§ 106, 107. Allein wenn in § 107 die Drohung auf die Bedrohung mit einer strafbaren Handlung beschränkt ist, so hat dies seinen guten Sinn: eine einzelne Wahlstimme ist immerhin wichtig, aber selten für sich allein entscheidend: hier ist es nicht nöthig, bezüglich der Drohung den strengsten Maßstab anzulegen; in § 106 ist die Beschränkung eher ein Fehler zu nennen; in § 114 und 167 wäre es ein Fehler, wenn anzunehmen wäre, daß die wirksame Drohung mit einer (an sich berechtigten) Denunziation nicht mit bestraft würde.

**) Vgl. meine Abhandl. in Ihering's Jahrb. XXV. S. 28.

bestünde — mit Recht; denn wenn es Amtspflicht ist zu handeln, z. B. der Religionsgemeinschaft eine bestimmte Kirche oder eine bestimmte Unterstützung zuzuweisen, so ist die Unterlassung mehr als ein Laisser-aller: die Unterlassung wird kraft dieser Pflichtverletzung zur direkten Schädigung.

Soweit was die Art der Einwirkung betrifft. Die Einwirkung nun ist eine solche, welche hindert, den Gottesdienst auszuüben. Hier ist nur der Gottesdienst genannt, nicht auch die gottesdienstlichen Verrichtungen. Der Grund ist der, daß in den Hauptfällen schon der Nöthigungsparagraph Abhülfe bieten wird, eine specielle Strafbestimmung daher nur in besonders gravirenden Fällen als angezeigt erscheint — und gravirend ist es natürlich, wenn nicht nur eine religiöse Funktion gegenüber Einzelnen,*) sondern ein allgemeiner Gottesdienst gehindert wird.

Oben haben wir erklärt, daß die Bestimmung des Gesetzes sich auf den Fall bezieht, daß ein Diener der Religion an der Kultusausübung gehindert wird. Diese Auffassung des Gesetzes ist nicht allgemein. Viele verstehen dasselbe in einem weiteren Sinne, wornach Jeder gestraft würde, der einen Anderen durch Thätlichkeit oder Drohung hindert, am Gottesdienste Theil zu nehmen. Da würde auch der Fall hierhergehören, wenn eine Herrschaft das Gesinde hindert, in die Kirche zu gehen oder an der Prozession Theil zu nehmen. Das ginge viel zu weit, es würde viel zu tief in die Lebensverhältnisse einschneiden und bei der Regelung der häuslichen Verrichtungen den Hausherrn oftmals in schwere Gewissensskrupel bringen. Man denke sich: ein Kind ist krank und der Dienstbote will es verlassen, um in die Kirche zu gehen. Wollte man hier mit dem Strafrecht eintreten, man würde die häuslichen Verhältnisse tief beunruhigen.**) Vielmehr ist nur der Fall verstanden, wo Jemand verhindert wird, den Gottesdienst *auszuüben*.

Die *Ausübung* des Gottesdienstes aber besteht darin, daß die-

*) Allerdings kann auch dies für den Einzelnen drückend sein; doch kann hier leichter Abhülfe getroffen werden: wir leben nicht mehr in der Zeit der Promessi sposi.

**) Man könnte hier allerdings sagen, die Hinderung sei eine berechtigte und darum naturgemäß straflos; allein diese Berechtigung könnte zu schwierigen und heiklen Fragen führen.

jenige leitende Thätigkeit ausgeführt wird, welcher der Kult der Gesammtheit bestimmungsgemäß zu folgen hat.*) Daher kann von einer Hinderung der Ausübung des Gottesdienstes nur die Rede sein, wenn eine Person, welche eine leitende Kultusthätigkeit im Gottesdienst auszuüben hat, an dieser Kultthätigkeit gehindert wird. Dahin gehört der Geistliche, der Ministrant, der Vorbeter, Vorsänger, der Kirchenälteste, welchem eine segnende oder weihende Thätigkeit obliegt u. A.

Gestraft wird die Hinderung des Gottesdienstes. Mit Recht hat man hervorgehoben, daß ein Jeder strafbar ist, welcher die Ausübung des Gottesdienstes hindert, auch wenn es zu einer Vereitlung desselben nicht gekommen ist. Es genügt daher eine wesentliche Erschwerung, welche es unmöglich macht, den betreffenden Gottesdienst mit der üblichen Freiheit und Sicherheit vorzunehmen. Ein solches Hemmniß liegt also beispielsweise schon dann vor, wenn Jemand den Geistlichen zwingt, eine Messe, die er in einer Stunde lesen würde, in einer halben Stunde zu beendigen: hier ist zwar der Akt nicht unterblieben; aber es war unmöglich, ihn so zur Ausführung zu bringen, wie ihn der Geistliche ausführen wollte und zu wollen berechtigt war.

Ebenso wenn beispielsweise Jemand an den predigenden Geistlichen nahe herantritt, ihn anstößt, ihn frech und höhnisch fixirt, so daß er dadurch gestört wird und es ihm unmöglich wird, seine Aufmerksamkeit zusammenzuhalten.**)

---

*) Weiter geht allerdings der C. pénal Art. 260; allein derselbe sagt ausdrücklich: aura . . . empêché une ou plusieurs personnes d'exercer l'un des cultes autorisés, d'assister à l'exercice de ce culte, de célébrer certaines fêtes, d'observer certains jours de repos, et, en conséquence, d'ouvrir ou de fermer leurs ateliers, boutiques ou magasins, et de faire ou quitter certains travaux ..... Dafür kann aber auch die Strafe weit heruntergehen. Das englische Gesetz 24, 25 Vict. c. 100 s. 36 dagegen sagt: Whosoever shall, by threats or force, obstruct or prevent, or endeavour to obstruct or prevent, any clergyman or other minister in or from celebrating divine service or otherwise officiating in any church, chapel, meeting house, or other place of divine worship, or in or from the performance of his duty in the lawful burial of the dead in any churchyard or other burial place . . . . . .

**) Vgl. Entsch. des Bad. Oberhofgericht, 10. Juli 1875, Stenglein N. F. V. S. 309.

Dagegen wäre es unrichtig, den resultatlosen Versuch einer Hinderung für strafbar zu erachten: hat die Drohung keinen Eindruck gemacht, so ist von einer Kultstörung keine Rede.

§ 14.

Schon oben wurde hervorgehoben, daß eine berechtigte Kultstörung nicht deliktuos ist. Dies muß gerade hier wesentlich in Betracht kommen, insbesondere wenn eine Amtshandlung in Frage steht: möglich ist es, daß das spezielle Religionsinteresse mit anderen Interessen in Zusammenstoß tritt, und da muß entschieden werden, welches derselben im einzelnen Falle prävalirt.

Ein solcher Zusammenstoß kann nun vorkommen mit einem subjectiven Rechte: eine Religionsgemeinschaft will in meinem Hause unberechtigter Weise Gottesdienst abhalten, ich verhindere den Geistlichen daran;*) die eine Konfession behauptet, ein Recht zu haben auf die Kirche der anderen Konfession: ein Alleinrecht, ein Mitbenützungsrecht, die andere bestreitet es und hindert den Eintritt in die Kirche. Derartige Streitigkeiten kommen nicht selten vor. Wer nun auf Grund seines Rechts der betreffenden Konfession den Eintritt wehrt, begeht selbstverständlich kein Delikt. Aber auch wer nur der redlichen Meinung ist, daß die fremde Konfession im Unrecht sei, und ihr den Eintritt versagt, etwa im Interesse der vermeintlich berechtigten Konfession, der kann zwar civilistisch oder verwaltungsrechtlich verantwortlich sein, aber nicht strafrechtlich; sein Irrthum ist ein solcher, welcher den dolus ausschließt. Es verhält sich ebenso, wie wenn von zwei Miteigenthümern der eine in der Meinung, Alleineigenthümer zu sein, den anderen am Eintreten hindern würde.

Ebenso kann ein solches Verhindern berechtigt sein, wenn andere Rechte oder Kulturinteressen einem Kult widerstreben. Man denke sich, daß eine Religionsgesellschaft etwa Kinder opfern oder sich mit Kastration u. A. befassen würde — in einem solchen Falle wäre ein Einschreiten von Staatshalber ein berechtigtes.

---

*) Man vergleiche hier die Entscheidung der römischen Juristen in einem anderen Falle: non tenebor interdicto, si jure te non patiar, fr. 1 § 8 de mort. infer.; cf. fr. 3 eod.

Noch leichter kann es vorkommen, daß Jemand in der berechtigten Lage ist, auf die Person des Geistlichen in einer Weise einzuwirken, welche ihn am Gottesdienst hindert. Wer einen Geistlichen verhaftet und es damit verhindert, daß er Messe lesen kann, der kann nicht nach Maßgabe des betreffenden Gesetzes bestraft werden: und dies selbst dann nicht, wenn der Beamte bei der Verhaftung im Irrthum versirte. Auch eine Ungehörigkeit in der Verhaftung könnte zwar sonst verantwortlich machen, aber die Sache nicht zum Religionsdelikt stempeln. Anders wäre es nur, wenn die Verhaftung wissentlich ungerecht zur Verhinderung des Gottesdienstes erfolgte, wenn der Verhaftungsgrund lediglich Vorwand wäre. Ebenso: wenn die Staatsbehörde wegen Baufälligkeit der Kirche und wegen Gefahr für die Kirchenbesucher eine Kirche inhibirt, und den Gottesdienst in derselben verbietet, so ist sie selbstverständlich im Recht.

Alle diese Umstände kommen um so mehr in Betracht, als, wie bereits bemerkt, der genannte Schutz allen im Staate bestehenden Religionsgesellschaften ohne Unterschied zuerkannt ist, und solche Konflikte sich um so leichter ergeben können, je größer die Anzahl der Kulte und der widersprechenden Interessen ist.

§ 15.

Das zweite hierher gehörige Delikt ist die unehrerbietige Störung der gottesdienstlichen Akte in einem zu religiösen Versammlungen bestimmten Orte. Hier treffen zwei Dinge zusammen: die Störung der gottesdienstlichen Akte, und die Störung derselben in einem zum Kultus bestimmten Raum. Daß der Ort ständig dem Kulte gewidmet ist, wird nicht erfordert; umgekehrt kann aber nicht eine jede Oertlichkeit einfach dadurch, daß momentan ein Kultakt unter Betheiligung der Gemeinde stattfindet, zur kirchlichen Oertlichkeit werden. Es ist dazu erforderlich, daß die betreffende Lokalität im Voraus zu diesem Zwecke bestimmt wird, und daß sie bestimmt wird, nicht für den einzelnen Fall, sondern für regelmäßig wiederholte Fälle; doch braucht die Bestimmung nicht auf die Dauer zu erfolgen, es genügt, wenn für kurze Zeit, z. B. für die Zeit der Reparatur der Kirche, ein Ort zur Abhaltung des Gottesdienstes be-

widmet ist *) Zu solchen Räumlichkeiten gehören natürlich in erster Reihe die Kirchen; es gehören hierher aber auch die Kirchhöfe:**) denn die religiöse Beerdigung ist eine gottesdienstliche Verrichtung, und der Kirchhof ist dazu mit Regelmäßigkeit bestimmt; und dies gilt, mag der Friedhof konfessionell sein oder nicht, denn auch der Simultankirchhof ist seiner ganzen Art und seinen Zwecken nach zu gottesdienstlichen Verrichtungen bestimmt. Anders wäre es, wenn etwa Freidenker einen Friedhof für sich anlegten, in welchem bestimmungsgemäß keine religiösen Akte vorgenommen würden; oder wenn etwa in einem Friedhofe keine religiösen Akte erfolgen, weil die Bestattung auf eine dem Ritus widersprechende Weise geschieht u. s. w. Aber dies sind Ausnahmsfälle.

Wohl aber muß es sich um geschlossene Räume handeln. Die Straße, durch welche die Prozession oder die Wallfahrt geht, kann nicht hierher gehören, ebensowenig die Fluren beim Bittgange, der Hügel im Freien, auf welchem der Geistliche predigt; weil die ganze Bestimmung des Gesetzes von dem Gedanken getragen ist, daß eine Oertlichkeit, als eine von den profanen Räumen ausgeschiedene, speziell den religiösen Zwecken gewidmet ist. Nun kann es allerdings vorkommen, daß auch geschlossene Räume nur vorübergehend Religionszwecken dienen, vorübergehend als Schulen oder Wohnräume benützt sind: aber hier ist doch mit dem Momente des Kultbeginnes wenigstens

---

*) Der C. pénal Art. 261 sagt: temple ou autre lieu destiné ou servant actuellement à ces exercices. Chile 1874 Art. 139 besagt: el ejercicio de un culto que se practicaba en lugar destinado a el o que sirve habitualmente para celebrarlo. Das englische Gesetz 1. Mary sess. 2 c. 3 s. 2 spricht von dem Prediger in any church, chapel, church-yard, or in any other place or places, used, frequented or appointed, or that hereafter shall be used or appointed to be preached in.

**) Ueber den Kirchhof als einen zu religiösen Versammlungen bestimmten Ort vgl. Obertrib., 8. Januar 1878, Oppenhoff, Rechtspr. XIX. S. 8, 7. Juli 1871, Stenglein N. F. VI. S. 241; Hessischen Kassationshof, 7. Oktober 1872, Stenglein N. F. II. S. 92. Auch in Frankreich nimmt man an, daß die Kirchhöfe als religiöse Orte gelten; vgl. Kassationshof, 28. Dezember 1809 bei Dalloz, Rép. de Législation v. Culte nr. 817 Note 1. Mit Unrecht will Hälschner II. S. 710 ff. den Friedhof ausnehmen, weil das Gesetz in, nicht an einem Orte sagt. Allein man kann sehr wohl auch „in" dem Friedhofe sagen; denn der Friedhof ist ja umfriedigt. Enger ist § 243 Z. 1 R.St.G.B. gefaßt: „aus einem zum Gottesdienste bestimmten Gebäude."

in thesi das Profane entfernt und die Räumlichkeit speziell religiösen Zwecken eröffnet. Bei nicht geschlossenen Orten aber läßt sich keine Grenze ziehen, von wo an das Profane ausgeschlossen ist; das betende Publikum kann sich bald mehr, bald minder ausbreiten; die Gemeinde, welche dem Prediger unter dem Hügel zuhört, wird sich mehr oder minder nahe anschließen. Hier liegen die Verhältnisse anders, als da, wo der Einzelne, sobald er innerhalb der Mauern weilt, wissen muß, daß von nun an alles Profane schweigt. Eine Kultstörung ist zwar immer etwas schlimmes, aber sie hat den erschwerenden Charakter nicht, wenn sie an Oertlichkeiten erfolgt, die nicht schon von selbst als Kultorte sich der Ehrerbietung des Thäters aufdrängen. Mit Recht spricht daher das Gesetz von der Kultstörung „in einem .... Orte", nicht an einem .... Orte.

Auch kann es hier viel leichter vorkommen, daß Jemand bei profanen Funktionen sich vergißt und etwas thut, was den Kultus stört, als wenn die Oertlichkeit selbst schon den Thäter abmahnt; es kann leichter vorkommen, daß eine Berührung zwischen dem Kultlichen und dem Profanen erfolgt und dabei eine Ueberschreitung der richtigen Grenze stattfindet. Man muß nur denken, daß die Menschen oft recht schwache Menschen sind, daß die religiösen Gefühle momentan von anderen Geschäften gekreuzt werden; und man muß daher immer berücksichtigen, daß es bei solchen Kulthandlungen auf der Straße oder auf dem Felde schwerer ist, die richtige Grenze einzuhalten: man denke nur an Kollisionen mit einem Wagen oder mit der Eisenbahn, die zu überschreiten ist, an Kollisionen, welche bei dem Wetter entstehen u. s. w.*)

Eines ist noch beizufügen: Privaträumlichkeiten, in welchen, wenn auch öfters, Taufen, Trauungen stattfinden, gehören nicht hierher; anders wäre es, wenn Jemand eine Privatkapelle hätte, welche dazu bestimmt wäre, daß in ihr solche Akte unter Assistenz der Gläubigen erfolgten, auch wenn die Kapelle sonst außer Gebrauch wäre. Kultorte, welche zu gottesdienstlichen Verrichtungen dienen, gehören eben nur dann hierher, wenn sie bestimmt sind zu gottesdienstlichen Verrichtungen

*) Trotzdem gehen andere Gesetzgebungen weiter; so das italienische Strafgesetz Art. 140: Chiunque, per offendere uno dei culti ammessi nello Stato, impedisce o turba l'esercizio di funzioni o cerimonie religiose — — — Chile 1874, Art 139: o en las ceremonias publicas de ese mismo culto,

unter (passiver) Assistenz der Gemeinde; denn nur da hat der Kultort als Kultort eine allgemeinere Bedeutung. Darum spricht das Gesetz von: zu religiösen Versammlungen bestimmten Orten. Und hier ist nochmals an das zu erinnern, was über die Friedhöfe gesagt wurde: bei Beerdigungen wird auf die Assistenz der Gemeinde gerechnet; darum gehören die Friedhöfe hierher.

§ 16.

Strafbar ist die Störung oder Verhinderung des Gottesdienstes. Durch das Wort „stören" ist zum Ausdrucke gebracht, daß das Hemmniß kein äußeres Hemmniß in dem Fortschreiten der Kulthandlungen zu sein braucht, sondern daß es genügt, wenn auch nur solche Eindrücke erweckt werden, welche die Gemeinde von ihrer Andacht, von dem Sichversenken in den Gottesdienst aufstören und die andächtige Stimmung verscheuchen: m. a. W. es braucht keine äußere Unterbrechung vorzukommen, es genügt eine Hemmung der inneren Stimmung, eine Profanirung des Aktes, ein Herausreißen aus der erbaulichen Gemüthslage.

Die Störung muß eine Störung des Gottesdienstes oder der gottesdienstlichen Verrichtungen sein.*) Sie muß daher beim Gottesdienst die Gemeinde, bei gottesdienstlichen Verrichtungen die Personen treffen, welche bei diesen gottesdienstlichen Verrichtungen, wenn auch nur durch passive Assistenz, betheiligt sind.

Aber eine Störung der Gemeinde ist schon dann gegeben, wenn auch nur ein Theil derselben aus ihrer Andacht durch weltliche Eindrücke herausgerissen wird; nur muß die Störung entweder solche Personen treffen, welche activ fungiren, oder, von den zur Andacht vereinigten Personen, wenigstens eine Mehrheit: eine Mehrheit von Personen, welche eben durch die gemeinsame Andacht zu einer geistigen Einheit verbunden sind und in ihrer gemeinsamen Andacht einander selbst heben und fördern; denn in solchem Falle wird nicht nur die Andacht des Einzelnen gestört, sondern eben das geistige Band, welches die Gemeinde verknüpft. Dagegen würde die, wenn auch obstinate Störung einer einzelnen Person nicht hierher gehören.**)

*) Sie liegt nicht vor, wenn der Gottesdienst unterbrochen war, vgl Entsch. in Rivista Penale XXIV p. 348.

**) Vgl. hierzu Bad. Oberhofgericht 10./7. 1875, Stenglein N. F. V. S. 307; Reichsgericht 19./4. 1888, Entsch. XVII. S. 316.

Daß die Störung längere Zeit dauert, ist nicht erforderlich; die Störung ist Störung, wenn sie auch alsbald beseitigt wird*)

Die störende Handlung kann in der Kirche selbst vorkommen; sie kann aber auch von Außen in die Kirche hineindringen**), so durch Schlagen an die Kirchenthüre, durch Lärm, durch Besteigen eines Kirchenfensters, durch Unfug vor der Kirchenthüre u. a.***)

Nicht jede Störung aber genügt; die Störung muß erfolgt sein durch Erregung von Lärm oder Unordnung.†)

Nicht jedes Geräusch, auch nicht jedes störende Geräusch ist ein Lärm††), sondern Lärm ist nur ein nicht durch wirthschaftliche Zwecke gerechtfertigtes, nicht einem gerechtfertigten wirthschaftlichen Zwecke dienendes Geräusch. Wer eine Fabrik hat, braucht den vielleicht auch noch so geräuschvollen Fabrikbetrieb nicht deßhalb zu unterbrechen, weil eine Religionsgenossenschaft in der Nähe ihren Betsaal hat und hier täglich Gottesdienst abhält. Und selbst wenn er den Betrieb am Sonntag nicht aussetzte und damit die Sonntagsruhe und den die Ruhe des Sonntags postulirenden Gottesdienst störte, so könnte er zwar sonst wegen der Störung der Ruhe verantwortlich werden, ihn würde aber nicht die Strafe des verletzten Gottesdienstes treffen. Selbst eine Tanzunterhaltung, ein Konzert würden nicht als störender Lärm betrachtet werden können. Anders verhält es sich mit einem Wirthshausjohlen, anders mit einem frivolen Hinausschreien, anders auch mit einem Geräusch, welches tendenziös gemacht würde, um den Gottesdienst zu stören; z. B. es würde Jemand gerade zur Zeit des Gottesdienstes jeweils ein geräuschvolles Orchestrion erklingen lassen: denn die Tendenz der Störung und das absichtliche Zusammentreffen mit der Gottesdienststunde enthebt das Geräusch dem Charakter des

---

*) Vgl. Stenglein, Kommentar zum bayerischen St.G.B. II S. 118.

**) Obgleich das Gesetz sagt: in einer Kirche; wesentlich ist nur, daß das betreffende Geräusch störend in die Kirche einwirkt. Auch der C. pénal a. 261 sagt: dans le temple.

***) Vgl. darüber Reichsgericht 23/2. 1881, 8/12. 1881, Entsch. III S. 397, V S, 258; vgl. auch schon Obertrib. 5./7. 1871, Stenglein N. F. VI S. 241; 8/1. 1878, Oppenhoff Rechtspr. XIX S. 8; Hessischen Kass.-Hof 7,/10. 1872, Stenglein N. F. II S. 92.

†) Der Code pénal a 261 sagt: troubles ou désordres.

††) Vgl, zum folgenden auch die Ausführungen in Reichsgericht 5./4, 1887, Entsch. XVI S. 15, und 8./12, 1881, V S. 258.

vernünftigen Betriebs und versetzt es in die Kategorie des Lärms. Daß auch ein frivoles Carrikiren etwaiger kirchlicher Gesänge hierher gehörte, oder ein Geräusch an der Kirchenthüre u. s. w., versteht sich von selbst.

Auf diese Weise ist es zu beurtheilen, wenn Jemand den Gottesdienst durch Feuerlärm stört; ist der Lärm bona fide erregt, so ist er nur abusive als Lärm zu bezeichnen: er ist ein durch die wirthschaftlichen Zwecke gerechtfertigtes, oft sogar gebotenes Geräusch; anders wenn frivol und mala fide.

Wenn soeben davon gesprochen wurde, daß ein wirthschaftlich zweckmäßiges Geräusch nicht als Lärm zu bezeichnen ist, so ist dies cum grano salis anzunehmen; auch ein solches Geräusch kann ungerechtfertigt sein, wenn es einen Mißbrauch der Kirche enthält. Wer während der Predigt Uebungen auf der Orgel macht oder während der Messe unberechtigter Weise ein Orgelkonzert aufführt, der erregt einen Lärm im gesetzlichen Sinne; ebenso wenn Jemand während der Predigt unerlaubter Weise den Dachstuhl der Kirche reparirte u. a.

Neben Lärm können andere Störungsmittel in Betracht kommen*); das Gesetz faßt sie unter dem Ausdruck: Unordnung zusammen: es sind dies Ungehörigkeiten, welche geeignet sind, die Aufmerksamkeit stark abzulenken; Ungehörigkeiten, also Dinge, welche mit dem Gottesdienst im Widerspruch stehen, und welche in den Verhältnissen des Lebens keine Entschuldigung finden. Wenn eine Dame in auffallender Toilette erscheint, so ist dies keine Unordnung, ebensowenig, wenn ein Chinese in die Kirche kommt, oder wenn ein Reisender sich ein Bild in der Kirche betrachtet, oder wenn Jemand einen ohnmächtig Gewordenen hinausträgt, oder einem auf glattem Kirchenboden Fallenden zu Hülfe eilt. Dagegen wäre es eine solche, wenn ein Schauspieler in einer Verkleidung oder eine Tänzerin im Ballkostüme erschiene; es wäre Unordnung, wenn Jemand in der Kirche in karrikirender Weise heftig gesticulirte, oder wenn Jemand Wasser über die Köpfe gösse u. dgl. Auch eine Begebenheit außerhalb der Kirche kann dazu gehören; so wenn Jemand gegenüber der Kirche den Betenden Fratzen

*) Unzutreffend ist die Polemik Hälschners II 2 S. 715 gegen die bezügliche Fassung des Gesetzes.

zuschnitte oder, auf die Mauer kletternd, in die Kirchenfenster hinein Pantominen machte; wogegen ein wirthschaftlich gerechtfertigtes Thun, auch wenn es stört, auch wenn es vielleicht nach anderer Seite hin ungehörig ist, nicht als Unordnung betrachtet werden kann. Wenn unmittelbar neben der Kirche am freien Platze ein Luftballon aufsteigt, so ist dies keine Unordnung, auch wenn $^4/_5$ der Betenden vom Gottesdienst dadurch abgelenkt werden und dem Ballon nachsehen.

Es ist dies auch alles ganz in sich begründet; stehen die verschiedenen Interessen mit einander im Kampfe, so kann die Polizei es versuchen, durch richtige Vertheilung von Zeit und Raum die Schwierigkeiten zu versöhnen, und wer dawider handelt, der vergeht sich gegen die Polizeiordnung und hat nach dieser Seite zu büßen. Dagegen soll nicht das eine Interesse völlig dem anderen geopfert werden — denn es ist ja möglich, daß eine Religionsgesellschaft täglich und stündlich gottesdienstliche Uebungen abhielte, so daß in der ganzen Umgegend die übrigen Interessen schweigen müßten. Das, was dem Strafrichter verfällt, das ist das frivole, zwecklose, dem Leben widersprechende Handeln, welches Störung herbeiführt — ein anderes höchstens dann, wenn es tendenziös, in absichtlich verletzender Weise erfolgte.

§ 17.

In dritter Reihe steht der Unfug in Kirchen oder anderen gottesdienstlichen Oertlichkeiten. Es soll, auch wenn keine Kulthandlungen vorgenommen werden, doch die Kultlokalität nicht durch kultwidrige, den Kult beschimpfende Handlungen herabgewürdigt werden. Solche kultbeschimpfende Handlungen sind kultstörend, auch wenn sie außerhalb des Kultes stattfinden, weil sie in die Räumlichkeiten des Kultus dringen*), in die Intimität des Kultes hineinfallen, den Kult an seiner Heimstätte, in der intimsten Sphäre seines Seins berühren. Daher steht dieses Delikt der direkten Störung des Gottesdienstes gleich; es ist eine Störung des Gottesdienstes durch Beschimpfung

*) Daß auch der Diebstahl an heiligen Orten oder von geweihten Sachen besonders schwer bestraft wurde, ist bekannt; bekannt sind besonders die bezüglichen Bestimmungen der Bambergensis 198 ff. und der CCC 172 ff. Ueber die Milderung der CCC vgl. Güterbock, Entstehungsgeschichte der Carolina S. 264 ff.

seiner Heimstätte. Daher ist der Unfug strafbar, sofern es sich um einen Ort handelt, welcher dem Kultus einer im Staate bestehenden Religionsgesellschaft dient: daß dieses Erforderniß auch hier anzunehmen ist, wurde bereits oben (S. 185) bemerkt. Ueberhaupt hätte dieses Delikt in § 167, nicht in § 166 aufgenommen werden sollen. Was daher oben (S. 193—196) bezüglich der zu religiösen Versammlungen bestimmten Orte ausgeführt wurde, gilt auch hier; es gilt mit einer Maßgabe: ist ein Ort nur vorübergehend zu Kirchen-, vorübergehend zu anderen Zwecken bestimmt, so ist ein Unfug in der Kirche nur dann gegeben, wenn derselbe in einer Zeit stattfindet, in welcher der Raum bereits dem religiösen Kultus eröffnet war; daß der Gottesdienst schon begonnen hat, ist nicht nöthig, es genügt, daß der Ort zu dem Gottesdienste hergerichtet ist; in diesem Stadium verbleibt die Sache auch nach dem Gottesdienste, bis die Localität wieder den profanen Zwecken wiedergegeben wurde.

Beschimpfender Unfug*) ist aber nicht jedes ungehörige Benehmen; das Gesetz würde viel zu weit gehen, wenn es jeden strafte, der etwa in die Kirche tritt und den Hut nicht abnimmt (man denke sich den Fall, daß Jemand, um ein Bild zu sehen, im Sommer in eine kühle Kirche kommt). Es gehört auch nicht hierher, wenn Jemand in der leeren Kirche, in welcher er vielleicht vom Wetter Schutz gesucht hat, Tabak raucht**), oder wenn zwei sich darin prügeln***) oder verliebt thun. Dieses sind Unzulässigkeiten, welche ja vom kirchlichen Standpunkte schwer empfunden werden, dieses sind Dinge, welche Unfug zu nennen sind; aber nicht jeder Unfug in der Kirche wird bestraft, sondern nur ein beschimpfender Unfug: zur Beschimpfung gehört aber, daß die Handlung gegen die kultliche Bestimmung des Ortes ihre Spitze kehrt und den Kultus in das Triviale herabzieht: so also das Bilderstürmen, das Eröffnen der heiligen Schreine, das frivole Hantiren mit heiligen Geräthen; auch ein höhnender Umzug, ein Nachmachen der Gesticulation der Geistlichen und derartiges würde hierher gehören.

---

*) Zur Interpretation können herangezogen werden die §§ 135 und 103a R.St.G.B, wo von beschimpfendem Unfug an Autoritätszeichen und Hoheitszeichen die Rede ist.

**) Sächs. O.A.G. 5. April 1872, Stenglein N. F. I. S. 370.

***) Bayer. Kass.-Hof 2. Oktober 1874, Stenglein N. F. IV S. 309.

Unfug ist stets ein Handeln, nicht ein bloßes Reden; wohl aber kann das Reden in adminikulirender Weise dazu mitwirken, einer Handlung einen verletzenden, weihewidrigen Charakter aufzudrücken; man denke sich den Fall, daß Jemand auf die Kanzel stiege und hier „Unfügliches" sprechen würde.

§ 18.

Auch die Kultstörungen sind Vorsatzdelikte; eine fahrlässige Störung genügt nicht: die Störung muß mit dem Bewußtsein des störenden Charakters der Handlnng erfolgen. Daß aber die Störung beabsichtigt sein müsse, daß sie das Ziel, bezw. das Hauptziel der Thätigkeit sei, das ist nicht erfordert und wird nicht durch den Ausdruck „vorsätzlich" (§ 167) gegeben. Es liegt hier keiner derjenigen Fälle vor, in welchen es irgend angezeigt wäre in den Deliktsbegriff die Absicht hineinzutragen*) Nur wo überhaupt Absicht nöthig ist, da ist sie auch hier nöthig: wenn das Bewußtsein den Erfolg nicht als sicher oder als höchst wahrscheinlich voraussieht, dann ist allerdings Dolus nur gegeben, wenn der Erfolg beabsichtigt wird.

Das Bewußtsein muß das Wissen dessen in sich enthalten, daß es sich um eine im Staate bestehende Religionsgesellschaft handelt, und daß dasjenige, in was man störend eingreift, ein Gottesdienst, bezw. ein religiöser Kultus ist. Sollte also Jemand eine Sekte für eine bloß philosophische Gesellschaft halten, welche hier ihre Zusammenkunft hielte, oder für einen Spiritistenverein; oder sollte Jemand annehmen, daß es sich lediglich um eine außerkultliche Erbauungsstunde einiger Mitglieder der Konfession handelte, während diese Mitglieder in der That eine neue Religionsgenossenschaft gegründet haben und das, was als private Erbauung angesehen wurde, nunmehr als ihren Kult üben: so würde es an dem strafrechtlichen Dolus fehlen.

Bei einem beschimpfenden Unfug muß das Bewußtsein obwalten, daß es sich um eine zu religiösen Versammlungen bestimmte Oertlichkeit handelt; und der Unfug muß beschimpfend sein, d. h.

*) Richtig Obertrib. 29. März 1876, Oppenhoff Rechtspr. XVII S. 223, Reichsgericht 19. April 1888, Entsch. XVII S. 316, 317. Vgl. auch Cass.-Hof Turin 22. November 1883, Rivista Penale XIX p. 239. Anders Cass.-Hof Rom 16. August 1882 ib. XVII p. 42.

mit dem Bewußtsein, daß er eine gegen den Kult gerichtete Spitze trägt.

§ 19.

Zu den Delikten gegen den Kultus gehört endlich auch die Beschädigung einer res sacra, d. h. einer dem Kulte gewidmeten Sache, sei es, daß sie dem Kulte gewidmet ist als Mittel des Kultes oder als Objekt des Kultes, als Gegenstand der Verehrung. Das R.St.G.B. stellt dieses Delikt unter die qualificirte Sachbeschädigung (§ 304); das italienische Strafgesetz behandelt es mit Recht unter den Religionsdelikten, denn das Moment der Religionsverletzung tritt hier in den Vordergrund. Dies hat zur richtigen Konsequenz geführt, daß eine öffentliche Verunglimpfung der Sache der Zerstörung gleich bestraft wird: ital. Strafgesetzb. a. 142: Chiunque, per disprezzo di uno dei culti ammessi nello Stato, distrugge, guasta, o in altro modo vilipende in luogo pubblico cose destinate al culto; Chile v. 1874 a. 139: Los que con acciones, palabras o amenazas ultrajaren los objetos de un culto, sea en los lugares destinados a el o que sirven habitualmente para su ejercicio, sea en las ceremonias publicas de ese mismo culto. Vgl. auch Ungarn § 192.

Ein Mangel unseres Gesetzes ist es ferner, daß nicht auch, wie nach C. pénal a. 263, ein Geistlicher in Ausübung seiner Funktionen noch besonders geschützt ist, auch wenn diese Funktionen nicht in der Kirche oder in einem kirchlichen Versammlungslokal erfolgen*). Die Bestimmung des § 196 (cf. 232) St.G.B. dürfte doch wohl nicht genügen und nicht zum Ausdrucke bringen, daß durch solche Handlungen nicht der einzelne Geistliche, sondern die Religion verletzt wird. Insbesondere käme dies in Betracht, wenn etwa der Geistliche bei einer Processión, bei einer Predigt auf offenem Felde insultirt würde. Mag man es

*) Vgl. auch das italienische Strafgesetz a. 142: Chiunque, per disprezzo di uno dei culti ammessi nello Stato, , . . usa violenza contro il ministro di un culto o lo vilipende . . . ; Chile v. 1874 a. 139: Los que con acciones, palabras o amenazas ultrajaren al ministro de un culto en el ejercicio de su ministerio. Vgl. auch Ungarn § 192. Vgl. auch Cass.-Hof Neapel 12. Mai 1886, Rivista Penale XXIV p. 248, Cass.-Hof Florenz 3. Juni 1885 ib. XXII p. 460, neuerdings Palermo 14. Februar 1888 ib. XXX p. 48.

immerhin nicht für angezeigt halten, jede Kultstörung auf offenem Felde zu strafen, so ist es doch etwas anderes, wenn der Insult gegen den fungirenden Geistlichen selbst gerichtet wird.

§ 20.

Ein Inländer kann für eine im Auslande begangene Religionsverletzung dann bestraft werden, wenn die Religionsverletzung am Orte der That als Religionsverletzung strafbar ist und dieselbe so beschaffen ist, daß sie, auch in Deutschland begangen, strafbar sein würde. (§ 4 Z. 3) Dabei muß man aber berücksichtigen, daß die betreffende Handlung eben von dem Standpunkt des Inlands aus ein Delikt sein muß. Was daher die Religionsverletzung durch verbale Akte betrifft, so muß eine Schmähung des Gottesbegriffs oder eine Schmähung einer solchen Religionsgenossenschaft vorliegen, welche in Deutschland Schutz genießt, da das deutsche Recht nur in diesem Falle annimmt, daß der Eingriff der strafrechtlichen Repression bedarf. Wer im Inlande straflos bliebe, wenn er hier etwas über eine Religionsgesellschaft sagte, der kann im Inlande nicht bestraft werden, wenn er dies im Auslande über dieselbe Religionsgesellschaft ausspricht; es muß daher, was die Religionsgenossenschaft und ihren Schutz betrifft, die Schutzfrage nach den Verhältnissen des Inlandes, nicht nach den Verhältnissen des Ortes der That beurtheilt werden — insofern wenigstens, als, wenn die That hiernach im Inlande straflos ist, sie auch nicht gestraft wird, wenn sie im Auslande begangen wird und nach den ausländischen Verhältnissen strafbar wäre. Zwar liegen die Verhältnisse des Auslandes vielfach anders, zwar erzeugt oft eine Aeußerung im Auslande eine lebhafte Gährung, welche im Inlande nur beschränkte Kreise beunruhigen würde: aber dies kann ja auch von einer öffentlichen Aeußerung im Inlande gelten, welche in das Ausland getragen wird, und trotzdem wird man sie im Inlande nur nach dem Standpunkte des Inlandes beurtheilen und bestrafen. Das Inland bestraft, auch wenn es sein stellvertretendes Strafamt gegenüber dem im Auslande begangenen Delikte des Inländers ausübt, nur dann, wenn es die Handlung für allgemein kulturfeindlich oder wenn es sie für den inländischen Kulturinteressen feindlich erkennt. Und dies letztere ist insbesondere von Bedeutung, wenn es sich um Delikte handelt, die so sehr nach den Lebensinteressen und Kultur-

anschauungen differiren können, wie die Religionsdelikte. Daher muß was den Schutz der einzelnen Konfessionen betrifft, der inländische Maßstab angelegt werden. Das gleiche muß auch bezüglich der Kultstörungen angenommen werden; das Inland kann sich nicht auf jede Störung ausländischer Kulte einlassen, welche vielleicht unserer Denkungs- und Fühlweise ferner liegen. Hier mag es sich allerdings um eine Störung der ausländischen Ordnung handeln, aber um eine Störung der Ordnung, welche nicht eine allgemeine, das Inland mittreffende Beziehung hat; weßhalb eine inländische Bestrafung nicht als angezeigt erschiene.

§. 21.

3. Störung der Ruhe des Leichnams.

Zu den Kulturinteressen gehört auch das Interesse an der Ruhe und dem Frieden der Leiche. Dieses Interesse beruht, wie bereits oben (S. 165) bemerkt, auf einer religiösen Empfindung; die Empfindung ist religiös, wenn sie auch nicht mit einer bestimmten Religion oder einem bestimmten Kulte zusammenhängt: die Empfindung ist ein Ausfluß unserer Ueberzeugung, daß der Mensch eine hohe Emanation göttlichen Wesens ist, daß diese Emanation auch den Leib mitbestimmt, und daß eine injuriöse, das Göttliche im Menschen lästernde, Behandlung des Leichnams den göttlichen Impuls mitverletzt, welcher in diesem Leibe gewaltet hat.

Wenn daher der Verstorbene auch aufgehört hat, Rechtssubjekt zu sein, so ist es doch ein wesentliches, dem göttlichen Geiste der Menschheit entsprechendes Interesse, daß der Friede der Leiche gewahrt, daß die Leiche nicht gelästert wird.

Dieses Interesse ist wesentlich verschieden von dem Individualrechte des Lebenden, kraft dessen sein Leib nicht zum Gegenstand höhnender Verunglimpfung werden soll. Denn der Lebende steht im Kampfe individuellen Daseins; eine Menge von individuellen, Aspirationen umhüllen die göttliche Bestimmung, und erst, wenn die Schlacken des Daseins gelöst, der Mensch aus dem Kampfe getreten ist

Ich bin ein Mensch gewesen
Und das heißt ein Kämpfer sein

— erst dann tritt das individuelle zurück und der Körper als eine Emanation eines durchgeistigten Bildungstriebes tritt in seine neuen Rechte.

Als Leichnam ist die körperliche Hülle des entseelten Menschen zu verstehen, daher selbstverständlich nicht des bloßen Fötus; dagegen gehört der Leichnam des todtgeborenen Kindes hierher, weil ihm mindestens ein potentielles Leben, ja wenn man das Leben im Mutterleibe rechnet, ein wirkliches Leben gegeben war.*)

§ 22.

Das Interesse an dem Frieden der Leiche ist ein Interesse daran, daß die Leiche nicht verunglimpft — überhaupt nicht dem Frieden entzogen wird. Die Leiche soll ihren Todesschlaf haben, nicht gestört durch weltliche Interessen: sie soll in bestimmter Art geweiht sein. Daher ist es eine Störung, auch wenn die Leiche aus Gründen der Liebe, der Verehrung ausgegraben oder vor der Bestattung weggenommen wird. Die private Liebe hat nicht das Recht, die Leiche aufzurütteln, ebenso wenig als die Mutter das Recht hat, aus Liebe ihr Kind zu erdrücken, oder der Pflege des Vaters zu entziehen. Der dolus ist daher nicht ausgeschlossen, wenn etwa Jemand eine Leiche deßhalb ausgraben würde, um sie in geweihter Erde zu bestatten oder in der Nähe zu haben.**) Eine andere Frage ist es, ob nicht die Fälle der Störung des Leichenfriedens in geringschätziger Absicht besonders hervorzuheben wären, wie im italienischen Strafgesetze Art. 144 (per fine d'ingiuria o per qualsiasi altro fine illecito).

Dieses Friedensinteresse der Leiche ist ein Interesse religiöser Art, aber allerdings ohne Rücksicht auf eine spezielle Religion. Es ist ein Interesse ohne bestimmtes Interessensubjekt: die Leiche ist nicht Subjekt, auch nicht die Seele der Verstorbenen; denn sie steht nicht mehr im Kreise des Rechtsverkehrs. Die Anschauung zwar, daß der Verstorbene noch seine Rechte habe, daß er kraft dieser Rechte in die Nachwelt ein-

*) Vgl. Olshausen S. 680.

**) Vgl. auch Kassationshof Paris, 10. April 1845, Dalloz, Rec. Période. 45 I. p. 252 (cassirend ein Urtheil von Bastia vom 20. Dezember 1844, ib. 45 II. p. 20). Vgl. über diesen Fall auch unten S. 218. Vgl. ferner Obertrib. 15. November 1877, Stenglein N. F. VIII. S. 124.

wirke, ist viel verbreitet, sie hat bei den Völkern eine große Rolle gespielt und viel zum Kultus der Leichen beigetragen; aber sie ist heutzutage nicht mehr in unserer Kulturanschauung dominirend und kann nicht mehr in juristische Erörterung kommen.

§ 23.

So weit, was das Friedensinteresse der Leiche im Allgemeinen betrifft. Aber das Friedensinteresse kann noch in folgender spezieller Art hervortreten.

Nicht nur im Allgemeinen besteht ein Interesse an der Respektirung der Leiche, sondern dieses Interesse besteht insbesondere zu Gunsten gewisser Angehöriger des Todten, welche durch Verletzung der Leiche in ihrem innersten Gefühle gekränkt würden, und es besteht ferner zu Gunsten der Gemeinde, welche für die Ordnung des Leichenwesens zu sorgen hat.

Darum ist die Rechtsordnung nicht bei dem allgemeinen Interessenverhältnisse stehen geblieben, sie hat die Interessenordnung in der Art condensirt, daß sie nach bestimmter Seite hin den Angehörigen und bezw. der Gemeinde Rechte an der Leiche gegeben, d. h daß sie die Interessen durch eine besondere rechtliche Beziehung anerkannt hat. Handelt es sich auch hier immer nur um die Respektirung des Friedens und der Ruhe der Leiche, so ist es doch von besonderer Bedeutung, daß gewissen Personen, mit Rücksicht auf die richtige und entsprechende Behandlung der Leiche, gewisse Anrechte gegeben sind. Ueber diese Berechtigungen ist nun zunächst zu handeln, bevor der Strafschutz erörtert wird.

§ 24.

Die Leiche ist kein Rechtsobjekt im Sinne des Sachen- d. h. des Vermögenssachenrechts; denn die Leiche ist nicht Vermögenssache und nicht Sache des Vermögensverkehres. Etwaige Verträge, wie über den Transport oder die Balsamirung der Leiche, sind keine Verträge über Vermögensleistungen, sondern sind Verträge über Leistungen, an welchen Jemand ein ethisches, ein Gemüthsinteresse hat; die Obligation ist von Seite dessen, welcher sich mit der Leiche zu befassen hat, eine Obligation auf eine Nichtgeld-, Nichtvermögensleistung.

Wohl aber können Rechte an der Leiche bestehen, familienrechtlicher Art, kraft welcher dem Berechtigten eine bestimmte Beziehung zur Leiche, eine gewisse Disposition über die Leiche zusteht; eine gewisse Disposition, keine unbeschränkte: der Berechtigte hat zu bestimmen über Ort und Zeit der Bestattung, auch über die Modalität, soweit darüber eine Auswahl gegeben ist: auch die Sektion kann er gestatten, auch die Entnahme kleiner Theile der Leiche zu gerechtfertigtem Zwecke in einer unserer Gewohnheit nicht widersprechenden Weise — der Locke zum Andenken, des Herzens an eine philantropische Gesellschaft, einzelner Theile des Innern zur anatomischen Kenntnißnahme u. a.

Ein solches Recht an der Leiche kann Gegenstand des Anspruchs und Gegenstand der gerichtlichen Entscheidung werden, sofern ein Dritter diesem Rechte entgegentritt.*) In dieser Beziehung ist der Leichnam zwar nicht Sache, aber Rechtsobjekt, ähnlich wie ein Kind, ein Pflegling; die Rechtsverhältnisse sind keine vermögensrechtlichen — sie sind familienrechtliche oder den familienrechtlichen analog.

Das genannte Recht steht den Blutserben, bezw. dem Ehegatten zu, sofern nicht der Verstorbene selbst eine andere Person hierfür ernannt hat: eine solche Ernennung ist gültig, soweit sie nicht contra bonos mores ist; sie kann im Testament oder Codicill erfolgen.**)

---

*) Die Frage des Bestattungsrechts ist im modernen Rechtsleben in mehreren Fällen zur judiciellen Entscheidung gekommen. Bekannt ist eine Entscheidung des Appellhofs Neapel von 1874, bei Cramer, Behandlung des menschlichen Leichnams (Zürich 1885) S. 44 ff. Vgl. ferner Entsch. des Appellhofs Bastia vom 17. Juli 1865 bei Dalloz, Rec. Pér. 66 II. p. 177; Appellhof Nancy, 14. August 1869 ib. 69 II. p. 233; verschiedene weitere Entscheidungen ib. 75 III. p. 49. Vgl. ferner die belgischen Entscheidungen in der Pandectes Belges v. Cadavre Nr. 8. Ferner Chareyre, Traité de la législation relative aux cadavres p. 22 ff., 37 ff. In Frankreich gilt nunmehr das Gesetz vom November 1887 (Dalloz, Rec. Périod. 87 IV. p. 101), wornach jeder Volljährige, ja auch der mineur émancipé, über die Art seiner Beerdigung bindende testamentarische Bestimmung treffen darf. Die Bestimmung muß aber in testamentarischer Form erfolgen. Vgl. auch schon Kassationshof, 31. März 1886, Dalloz, Rec. Pér. 86 I. p. 451. Vgl. ferner die hier citirten weiteren Entscheidungen und das hier allegirte Werk von Roux, Le droit en matière de sépulture.

**) Vgl. Pandect. Belg. v. Cadavre Nr. 3 ff. So kann auch der Testator bestimmen, daß einzelne Theile seines Körpers, z. B. das Herz, einer bestimmten Stadt oder einem Verein vermacht sein sollen. Ist dieses Vermächtniß

Solche Rechte von Privaten können auch nach der Bestattung fortbestehen — sofern die Bestattung eine Privatbestattung ist, auf privatem Grund und Boden, in privatem Grabgewölbe u. a.*) Wird das Grundstück, in welchem sich das Grab befindet, außerhalb der Familie veräußert, so bleibt nichts desto weniger das genannte Privatrecht in der Familie gewahrt, und es steht dem nächsten Erben zu nach Maßgabe der Erbfolge: denn die Erbfolge ist nicht nur eine Vermögensfolge, sondern auch eine Familienrechtsfolge.**) Auch ist anzunehmen, daß dem Berechtigten der Zutritt zum Grabe gestattet sein muß und daß darum, trotz der Veräußerung des Terrains, dieser Berechtigte das Gewahrsam der Leiche hat. Das Gesagte ist aus verschiedenen Gründen von Wichtigkeit; es ist insbesondere auch von Wichtigkeit, wenn etwa eine Nation es begehren würde, den Gebeinen des Todten eine andere Stätte zu geben: in einer Westminsterabtei, in einem S. Croce; dies kann nur mit Gestattung des Berechtigten geschehen, es wäre ein Eingriff in sein Recht, wenn man es ohne dieselbe versuchte. So haben meines Wissens die Erben Lord Byrons die Ueberführung der Leiche zur Westminsterabtei versagt.

Von besonderer Bedeutung wird dieses fortdauernde Recht an der Leiche, wenn bei der Feuerbestattung die Familie Asche aufbewahrt; wovon alsbald (S. 222) zu handeln sein wird.

Abgesehen von diesen Fällen, gibt der Private sein Recht auf den Todten mit der Beerdigung auf; er gibt es auf zu Gunsten

---

bindend? Jedenfalls nur innerhalb der Schranken der Pietät. Ein berühmter Fall war der Grétry's, welcher sein Herz der Stadt Lüttich vermacht hatte: dieses Legat wurde vom Appellh. Paris, 17. Mai 1823 für gültig erklärt und sein Vollzug angeordnet, was zu einem Kompetenzkonflikt Anlaß gab. Vgl Dalloz, Rép. de Législ. v. Compétence admin. Nr. 217 Note 1.

*) Unter welchen Umständen dieses statthaft ist, braucht hier nicht erörtert zu werden. Das französische Gesetz vom 23. Prairial XII. Art. 14 erlaubt die Privatbeerdigung auf eigenem Grund und Boden, vorausgesetzt, daß der Boden soit hors et à la distance prescrite de l'enceinte des villes et bourgs, Dalloz, Rép. de Législ. v. Culte Nr. 785 ff. Indeß wird obrigkeitliche Zustimmung vorausgesetzt; so die Jurisprudenz, vgl. Chareyre p. 127 ff. und die p. 128 citirte Entsch. des Kassationshofs vom 14. April 1838.

**) Davon ist verschieden die Frage des Erbbegräbnisses, die in der römischen Quelle so vielfach behandelt wird. Unsere Verhältnisse sind hier von denen der Römer in manchem verschieden.

der Gemeinde, sobald der Todte der Gemeinde zur Bestattung überlassen ist; denn auch das Erkaufen eines Platzes, einer Gruft*) ist nicht fähig, das Grab zu privatisiren: die Gemeinde behält trotzdem ihr Recht an dem Boden, wenn sie auch gehalten ist, ihr Beerdigungsrecht mit der entsprechenden Maßgabe auszuüben, nämlich in der Art, daß der betreffenden Familie ein bestimmtes lokales Bereich gewahrt wird. Der Begräbnißboden ist und bleibt Gemeindeboden, und wenn die Leiche zur Beerdigung übergeben wird, so erlangt die Gemeinde ihr gewöhnliches Recht über dieselbe.**) Die Beziehung der Familie zum Beerdigungsboden der Gemeinde ist eine publizistische: das Recht der Familie ist das Recht, daß die Gemeinde von ihrem Rechte in bestimmter Weise Gebrauch machte, bezw. die Pflicht der Beerdigung in bestimmter Weise ausführe.***)

---

*) Vgl. darüber beispielsweise französisches Gesetz vom 23. Prairial XII Art. 10 und 11; Dalloz, Rép. de Législ. v. Culte Nr. 799 ff. und v. Commune Nr. 513 ff.

**) Dieses Recht schließt nicht aus, daß die Hinterbliebenen, welche ein Grabmal setzen und Blumen einpflanzen, in Bezug auf Grabmal und Blumen insoweit civilistisch berechtigt sind, daß sie in Bezug darauf ein dingliches jus tollendi behalten, ein jus tollendi mit dem Recht, über die Art und den Verbleib zu verfügen, worüber unter (S. 215 f.) weiteres zu sagen ist: ein jus tollendi, zugleich mit dem Rechte zu verlangen, daß die Gegenstände nicht durch Dritte angetastet werden — wie dies ja auch sonst geschehen kann, wenn meine Sachen im Boden eines Dritten eingebaut oder eingepflanzt ist. Daher hat man mit Recht entschieden, daß die Hinterbliebenen gegen Störungen des Grabmals eine action possessoire haben; so Juge de Paix von Saint-Haon-le-Chatel, 16. Mai 1881 bei Gautier, Revue critique 1882 p 656.

***) Ueber diese sehr bestrittene Frage vgl. Dalloz, Rép. de Législat. v. Culte Nr. 816, Chareyre p. 220 ff., Meurer II. S. 34 ff., neuerdings Chironi in der Rivista Italiana VII. p. 435 ff. und Fadda im Foro Italiano XIII. fasc. 9. Daher behält die Gemeinde das Recht, bei Aufhebung des Friedhofs, die Gebeine nach dem neuen Friedhof zu bringen, wo allerdings ex aequitate (oder ex lege) die Zuweisung eines neuen Erbbegräbnißplatzes verlangt werden kann. Weitere Fragen sind, ob die Familie ihr Erbbegräbniß veräußern kann, was zu verneinen ist; ob die Streitigkeiten über den Kauf eines Erbbegräbnisses vor den bürgerlichen Richter gehören, was der Appellhof Rouen, 6. Februar 1882, Sirey, Recueil général 82 II. p. 254 bejaht hat, was aber gleichfalls zu verneinen ist; ob Transscription stattfinden soll u. s. w. Vgl ferner Appellhof Lyon, 7. Juli 1883, Dalloz, Rec. Pér. 85 II. p. 34 und meine Abhandl. im Arch. f. bürgerl. Recht III. S. 286.

Was nun aber das Recht der Gemeinde*) betrifft, die Leichen zu beerdigen und beerdigt zu halten, so ist dieses Recht kein privates, sondern ein publizistisches; es ist ein Recht beruhend auf der öffentlichen Aufgabe des Gemeindeverbandes, zu welcher Aufgabe insbesondere auch gehört, Veranstaltungen zur Wahrung des Todtenfriedens zu treffen, unter Aufrechterhaltung der hygienischen Anordnungen. Dieses publizistische Recht der Gemeinde ist weniger widerstandsfähig, als das private: es ist ein Recht zum Zwecke der Erfüllung einer Pflicht. Daher kann eine Gemeinde keinen begründeten Widerstand leisten, wenn die Staatsgewalt als Vertreterin der Nation die Herausgabe der Gebeine begehrt; und wenn heute die italienische Regierung die Ueberführung der Gebeine Dantes nach S. Croce in Florenz verlangte, so hätte Ravenna kein verfolgbares Recht des Widerspruchs.

Das Recht der Gemeinde beginnt mit dem Momente, in welchem ihr der Leichnam zur Bestattung gegeben wird, oder in welchem sie den Leichnam in befugter Weise zur Beerdigung übernimmt; es steht daher diesem Rechte nicht im Wege, daß eine Leiche einer anderen Gemeinde übergeben oder ins Ausland zur Bestattung geschickt wird.**)

Soweit das Recht an dem Leichnam: es ist bald ein familienrechtliches, bald ein publicistisches. Der diesem Rechte entsprechende faktische Zustand, die faktische Gewalt über den Leichnam heißt Gewahrsam an der Leiche. Und da das Recht am Leichnam

*) Das Recht der Gemeinde, der Kirchhofgemeinde. Ich gehe von dem Falle aus, daß der Kirchhof der bürgerlichen Gemeinde gehört. Dies war und dies ist nicht überall so. In Frankreich wurde die Materie durch Ordonn. vom 10. März 1776 und Dekret vom 23. Prairial XII. geregelt. Bezüglich Preußens gilt L.R. II. 11 § 183, 188—190. Ueber andere Bestimmungen und über die Controversen, namentlich bezüglich des französischen Rechts, vgl. Meurer, Begriff der heiligen Sachen II. S. 25 ff., 408 ff. Vgl. ferner Dalloz, Rép. de Lég. v. Culto Nr. 747 ff., 784; Chareyre p. 202 ff.; Pandectes Belges v. Cimetière Nr. 174 ff. Bezüglich des italienischen Rechts vgl. Chironi, Rivista Italiana VII. p. 441 ff.

**) Eine andere Frage ist es, ob die Obrigkeit nicht aus polizeilichen Rücksichten das Wegführen der Leiche verbieten kann. Dies kann sie; das Verbot beruht aber nicht auf einem Recht an der Leiche, sondern auf Interessen der polizeilichen Ordnung. Vgl. Kassationshof, 28. März 1862, Dalloz, Rec. Pér. 62 I. p. 255. Insbesondere kann der Transport von Leichen im Falle ansteckender Krankheiten verpönt werden.

ein sehr verschiedenes ist, auf verschiedenen Gründen beruhend und verschiedenen Lebenszwecken dienend, so ist auch der Begriff des Leichengewahrsams kein einheitlicher Begriff. Das Gewahrsam an der Leiche ist die faktische Realisirung entweder des geschilderten Privatrechts oder des geschilderten öffentlichen Rechts an der Leiche: eine Privatperson kann die Leiche im Gewahrsam haben als Ausfluß ihrer familienrechtlichen Beziehung zur Leiche; die öffentliche Gesammtheit kann ein Gewahrsam haben als Ausfluß ihres publizistischen Rechts. Dieses Gewahrsam ist aber wesentlich verschieden von der Detention und der possessio des Sachenrechts; es hat mit ihnen nur insofern Beziehung, als es die faktische Darstellung eines Rechtes ist, sofern eben die Leiche im Bereiche der berechtigten Person steht und ihrer faktischen Herrschaft unterworfen ist. Will man aber eine Analogie zum Sachenrecht geben, so muß man das Gewahrsam nicht mit der Detention, sondern mit der possessio des Sachenrechts in Parallele setzen; insbesondere hat die Mittelsperson, durch welche Jemand seine Einwirkung auf die Leiche ausübt, nicht das Gewahrsam: die Gemeinde hat die Leiche im Gewahrsam, nicht der Todtenwärter oder Todtengräber. Dies ist für unsere Lehre von großer Bedeutung; es ist auch sonst bedeutsam. Das Gewahrsam erstreckt sich auch auf die dem Todten mitgegebenen Kleider und Schmucksachen. Wer diese Sachen wegnimmt, der begeht einen Diebstahl,*) nicht nur eine Unterschlagung; er begeht einen Diebstahl, wenn es auch der Leichenwärter selbst ist.

Das Gewahrsam kann mit der Berechtigung verbunden sein, es kann von dem Rechte getrennt sein; in beiden Fällen kann es zur rechtlichen Relevanz kommen. Das Strafrecht aber schützt nicht das eine ohne das andere; das Strafrecht gibt seinen Schutz nur, wenn Recht und Gewahrsam in einer Hand ist, wenn also Jemand in das Gewahrsam des Berechtigten eingreift. Davon ist unten (S. 217) weiter zu handeln.

§ 25.

Gehen wir nun auf die strafrechtliche Seite über, so werden wir sagen:

*) Vgl. auch, bezüglich des englischen Rechts, Stephen, Comment. IV. p. 118.

Der strafrechtliche Schutz kann ein Schutz im Interesse des Leichenfriedens im Allgemeinen sein;
er kann ferner:

ein Schutz sein im Interesse des speziell privaten oder publizistischen Rechtes, welches in Regelung des Leichenfriedens dem Einzelnen bezw. der Gemeinde zukommt.

Nicht nach allen diesen Seiten hin hat unsere Gesetzgebung einen vollständigen strafrechtlichen Schutz statuirt; das Bedürfniß ist nicht so groß wie ehedem, und darum ist der Strafschutz beschränkt.

Eine Reihe von Motiven, aus welchen früher die Störung der Leichen hervorging, sind unserer Kulturwelt entschwunden.

Die Wegnahme des Leichnams war aus folgenden Gründen besonders im Schwunge: einmal aus Gründen der anatomischen Forschung; sodann auf Grund der alten Idee, daß der Leichnam für die Schulden einstehe, so daß der Gläubiger ihn solange als Pfand arrestiren und ihm den Frieden des Grabes entziehen könne, bis die Schulden bezahlt oder bis für ihre Bezahlung Sicherheit geleistet werde: daß diese Rechtsanschauung in das hohe Alterthum zurückreicht, daß sie aber bis weit hinein in die christliche Zeit fortdauerte, daß sich namentlich auch im Mittelalter Spuren derselben finden, habe ich in meinem Shakespeare S. 19 ff. gezeigt, und vortreffliche Bestätigung hat Esmein, Mélanges p. 245 ff. beigebracht.*)

Daß auch in England noch lange Zeit der Gebrauch herrschte, die Leiche zu arrestiren, bis die Verwandten für Zahlung der Schulden eintraten, geht aus der englischen Jurisprudenz hervor. Mehrfach ist von Fällen die Rede, wo Jemand versucht hatte, den Leichnam des Schuldners der Beerdigung zu entziehen; man vgl. die Entscheidungen Quick v. Coppleton, Jones v. Ashburnham, Regina v. Fox und v. Scott.**)

Andere Gründe der Störung des Grabes beruhten auf animistischem Glauben, insbesondere auf dem Glauben, daß die Seele

---

*) In Brügge wurde im Jahre 1617 entschieden, daß der Gebrauch, eine Leiche für die Schulden festzuhalten und der Beerdigung zu entziehen, rechtswidrig sei; es handelte sich um die Leiche eines Gastes, welcher wegen Zehrschulden festgehalten wurde. Pandectes Belges v. Cadavre Nr. 67bis.

**) Russell I. p. 619.

noch nicht vollständig gebunden wäre, daß sie noch in der Lage wäre, die Mitwelt zu belästigen, und daß durch einen Eingriff in das Grab, durch körperliche Einwirkung auf den Todten solches der Seele unmöglich gemacht werde. Außerdem kann der Störung des Leichenfriedens ein fanatischer Haß gegen den Todten zu Grunde liegen; so in erregten Zeiten, wo man noch die Asche des Gegners verfolgt, wo man den Gegner aus dem Grabe holt und seine Gliedmaßen verstümmelt.

Viele dieser Anreizungen zur injuriösen Behandlung des Leichnams fehlen unserer Zeit, und darum geht unsere Gesetzgebung nur in beschränkterem Maße vor.*)

§ 26.

Das deutsche St.G.B. bestraft die Störung des allgemeinen Leichenfriedens, d. h. die Störung des Leichenfriedens ohne Rücksicht darauf, ob die Leiche im Recht oder im Gewahrsam einer Person steht; jedoch unter der besonderen Voraussetzung, daß die Leiche im Grabe ruht. Sollte allerdings eine Menschenmenge sich öffentlich zusammenrotten und mit vereinten Kräften Gewaltthätigkeiten gegen eine (unbestattete) Leiche begehen, so würde sicher Landfriedensbruch (§ 125 St.G.B.) vorliegen; denn wenn auch die Leiche nicht zu den Objekten des Sachenrechtes gehört, so gehört sie doch sicher zu den Dingen, welche gegen die öffentlichen Gewaltthätigkeiten geschützt sind; der Ausdruck „Personen oder Sachen" will so allgemein als möglich sein. Abgesehen hiervon aber ist der allgemeine Schutz des Leichenfriedens davon abhängig, daß die Leiche im Grabe ruht: in diesem Falle wird die Störung des Todtenfriedens gestraft. Die Störung des Todtenfriedens aber kann insbesondere dadurch erfolgen, daß das Grab zerstört oder beschädigt wird, in welchem der Todte ruht, so daß in unmittelbarer Nähe des Todten gewühlt oder gar der Todte mitergriffen wird.**)

*) Vgl. zum Folgenden Cramer, die Behandlung des menschlichen Leichnams im Civil- und Strafrecht S. 54 ff.; Chareyre p. 273 ff.

**) Vgl. C. pénal Art. 360: Quiconque se sera rendu coupable de violation de tombeaux ou de sépultures. Das englische Recht betrachtet die Wegnahme eines beerdigten Leichnams als misdemeanor; vgl. Stephen, Comment. IV. p. 284.

Allerdings wird in solchem Falle die Leiche meist in dem Gewahrsam einer berechtigten Person, insbesondere der Gemeinde sich befinden, so daß die Handlung schon von dieser Seite aus strafbar wäre; doch ist dies nicht immer der Fall: eine Leiche kann an einem unberechtigten Orte bestattet sein, und doch genießt sie diesen Schutz. Und sie genießt, wenn bestattet, ihren Schutz auch gegen Handlungen, welche nicht gegen das Gewahrsam gerichtet sind: nicht nur eine Grabesstörung, auch ein beschimpfender Unfug am Grabe wird bestraft, ein Unfug, durch welchen das Gewahrsam an der Leiche nicht berührt, sondern lediglich ein entehrender Akt gegenüber der Leiche vollzogen wird.

Beschimpfender Unfug ist aber in einem ähnlichen Sinne zu verstehen, wie oben (S. 200). Unfug ist daher nicht jede Ungehörigkeit und Unlauterkeit, die am Grabe vorgenommen wird; Unfug ist vielmehr eine Ungehörigkeit, welche eine reale Verunglimpfung der Leiche enthält, durch welche eine beschimpfende Gesinnung gegen die Leiche an den Tag gelegt wird. Der Unfug muß seine Spitze gegen die Leiche kehren. Wenn z. B. zwei Personen am Grabe Karten spielen oder Frühstück nehmen, so ist dies eine Ungehörigkeit, aber es fehlt die gegen die Leiche gewendete Richtung. Anders wenn Jemand, wie in jenem französischen Falle, auf den Grabstein mit dem Stocke klopfend, den Todten beschimpfte*) oder mit beschimpfenden Auslassungen sich über dem Grabe wälzen würde; oder wenn Jemand thäte, was Lord Byron in blutigem Epigramme auf Castlereagh's Grab gedichtet hat.

Unter Grab ist die immobiliare Hülle zu verstehen, welche den Leichnam umgibt;**) es gehört dazu, daß die Leiche in die Erde oder in ein Gebäude versenkt wird; die ganze Hülle: Hügel, Gewölbe ist ein Theil des Grabes. Dagegen ist zu dem Grabe nicht die Grabesausstattung zu rechnen und nicht das zur Bezeichnung dienende Steinmal; nicht die Grabesblumen und das das Grab umschließende Gitter.

Ueber die Eigenthumsverhältnisse dieser letzteren Dinge gilt folgendes: sie werden durch ihre Befestigung Eigenthum der Gemeinde, welcher

*) Franz. Kassationshof, 22. August 1839; bei Dalloz, Répert. de Législ. v. Culte Nr. 833, Note 2. Vgl. auch S. 216.

**) Ueber die verschiedenen Meinungen vgl. Olshausen S. 682.

der Kirchhof gehört; jedoch unter Vorbehalt der Benutzungs-, Wartungsrechte und unter Vorbehalt des jus tollendi der Angehörigen, bezw. derjenigen, welche die Sache angebracht haben, sofern sie sich diese Rechte vorbehielten. Denn der Zweck solcher Dinge ist die Grabesauszeichnung, und dieser Zweck ist in freier Weise den Angehörigen des Verstorbenen überlassen; wenn diese ein neues Monument bauen, neue Blumen setzen wollen, so ist es ihnen gestattet; ihnen ist es gestattet, die alten Blumen zu entfernen, ein altes Monument durch ein anderes zu ersetzen. Denn die Grabesausstattung ist eine Sache vornämlich ihrer Pietät und ihres Pietätsinteresses. Sie haben daher auch zu bestimmen, ob irgend eine Grabesausstattung von anderer Seite anzunehmen ist oder nicht.*) Sie sind daher auch verletzt, wenn diese Gegenstände beschädigt werden, und ihnen steht das Verfolgungsrecht nach Maßgabe des § 170 ff. St.P.O. zu.

Daher sind diese Ausstattungssachen in anderer rechtlicher Stellung als das Grab selbst: sie dienen anderen Zwecken und es sind andere Personen bestimmt, diese Zwecke zu verwirklichen und innerhalb derselben zu wirken. Ihre Verletzung ist darum auch nicht Verletzung des Grabesfriedens, ihre Verletzung rührt vornehmlich an den Pietätsinteressen der Hinterbliebenen.**) Daher kann hier nur von Sachbeschädigung und Diebstahl die Rede sein, und bezüglich der Sachbeschädigung kann der § 304 St.G.B. maßgebend sein, sofern es sich um ein Grabmal, d. h. um die auf die Dauer berechnete Bezeichnung des Grabes handelt..***)

---

*) Sollten die mehreren Hinterbliebenen unter sich nicht einig sein, so wäre der Streit, als ein die öffentliche Ordnung betreffender, bei der Verwaltungsbehörde auszutragen

**) Ueber fr. 11 § 2, fr. 22 § 4 quod vi aut clam, fr. 2 de sepulcro viol., vgl. meine Abhandl. in Ihering's Jahrb. XXVI. S. 112 ff.

***) Vgl. auch R.G., 26. Oktober 1882, Entsch. VII. S. 190, Sächs. O.A.G., 11. Juli 1874, Stenglein N. F. V. S. 49. Daher ist es keine Grabesverletzung, wenn Angehörige Kränze mit Bänder entfernen, deren Aufschriften sie als ungeeignet befinden. Vgl. Kassationshof, 5. Juli 1884, Dalloz, Rec. Pér. 85 I. p. 222, 223. Dagegen wurde eine Grabesverletzung in dem Wegreißen von Blumen gefunden, obgleich dieses Wegreißen nicht aus Haß gegen den Todten, sondern gegen die Person, welche die Blumen pflanzte, erfolgt war; Appellhof Caen, 25. November 1868, Dalloz, Rec. Pér. 71 II. p. 150. Dieses dürfte nicht richtig sein. Weiter geht der § 306 des österreichischen St.G.B.: „Wer die für menschliche Leichen bestimmten Grabstätten aus Bosheit

Ebenso ist ein Kenotaph, eine anticipirte Grabeshülle, nicht hierher zu zählen; sie kann, wenn sie eine ständige Einrichtung bildet, ein Grabmal sein, und fällt dann unter § 304.

Wohl aber kann eine Verletzung des Grabes vorkommen, auch bevor sich das Grab geschlossen hat; auch das ist Verletzung des Grabes und des Grabesfriedens, wenn Jemand, nachdem der Sarg herabgesenkt ist, mit Steinen den Sargdeckel zertrümmert: der Grabesfrieden beginnt mit dem Moment, in welchem der Sarg in die Erde aufgenommen ist, es folgt nur noch das übliche Schließen des Grabes.*)

Daß die Stelle äußerlich erkennbar ist, ist zum Begriffe des Grabes nicht erforderlich. Auch wenn Jemand unehrlich verscharrt ist, ist er dem Todtenfrieden preisgegeben und muß ihm der Todtenfrieden gewahrt bleiben.

Abgesehen von dem Falle, daß der Leichnam beerdigt ist, wird die einfache Leichenschändung nicht bestraft; sie wird nicht bestraft, wenn eine Leiche unbestattet liegt, oder von anderer Seite ausgegraben worden ist, oder durch Zufall, insbesondere bei Gelegenheit eines Baues, an die Oberfläche gerückt wurde.**)

Andere Rechte gehen weiter; das englische Recht bestraft es auch, wenn der zur Beerdigung Verpflichtete sich weigert, den Leichnam zu beerdigen, ihm also den Beerdigungsfrieden zu verschaffen, Stephen, Comment. IV. p. 285. Das italienische Gesetz Art. 144 bestraft: chiunque commette atti di vilipendio sopra un cadavere

---

oder Muthwillen beschädiget." Daher wurde eine Grabesverletzung gefunden in dem Ausreißen von Kreuzen, österreich. Kassationshof, 6. November 1880 und 23. Januar 1885, Nowak, Plenarbeschlüsse und Entsch. des Obersten Gerichts- als Kassationshofes III. 281, VII. 732; ja in dem Wegreißen von Blumen, österr. Kassationshof, 7. Juni 1889 (Jurist. Blätter 1889 Nr. 44 S. 527 ff.).

Allerdings kann die Art des Gebahrens bei dem Ausreißen von Blumen oder Beschädigen des Grabmales beschimpfenden Unfug enthalten, aber dann ist es nicht die Beschädigung an sich, sondern das damit verbundene injuriöse Verhalten, welches unter § 168 fällt. Vgl. auch R.G., 1. Juli 1887, Rechtsprechung IX. S. 399.

*) So Appellhof Bordeaux, 9. Dezember 1830 bei Dalloz, Rép. de Législ. v. Culte Nr. 834 Note 3.

**) So auch nach französischem und belgischem Rechte; vgl. die Entsch. von Lüttich, 30. Dezember 1842, citirt in Pandectes Belg. v. Cadavre Nr. 20.

umano o sopra le sue ceneri; es bestraft also die Verletzung des Leichenfriedens ohne Rücksicht darauf, ob der Leichnam im Grabe ruht. Auch das neue japanische Strafgesetzbuch, Art. 264, 265, bestraft denjenigen, welcher einen Leichnam verstümmelt oder ihn, wenn er beerdigt werden soll, liegen läßt; es straft auch den Versuch, Art. 264, 266. Selbst das französische Recht geht in einem Punkte weiter; es soll nicht nur die violation de tombeaux, sondern auch de sépultures bestraft werden (Art. 360): als sépulture hat man aber auch die Aufbahrung einer Leiche angesehen.*)

§ 27.

Soweit die Störung des allgemeinen Leichenfriedens. Weiter geht der Schutz gegen die Störung des speciellen Leichenfriedens, d. h. gegen die Störung dieses Friedens unter Störung des privaten oder publicistischen Rechts an der Leiche: solche Störung ist in weiterem Umfange strafbar. Doch wird auch hier weder die Verletzung des Rechts allein gestraft, noch die Verletzung des Gewahrsams: gestraft wird die Verletzung des rechtlichen Gewahrsams, und zwar die Verletzung durch Wegnahme der Leiche, nicht durch bloße störende Eingriffe: gestraft wird die Wegnahme aus dem Gewahrsam der berechtigten Person. Eine solche Verletzung kann auch eine Verletzung durch den Todtengräber oder Todtenwärter sein; denn, wie oben bemerkt, ist es nicht der Todtenwärter, in dessen Gewahrsam die Leiche sich befindet.**) Das italienische Strafgesetz (Art. 144) behandelt diesen Fall sogar als einen qualifizirten, insofern es das Strafmaximum erhöht.

Das Delikt kann mehr oder minder gravirend sein. Am gravirendsten ist die Wegnahme des ganzen Leichnams: hier tritt § 168 R.St.G.B. ein; weniger gravirend ist die Wegnahme eines Stückes des Leichnams; die Wegnahme, sofern sie nicht mit Genehmigung der dazu berechtigten Person und innerhalb der oben beschriebenen Grenzen erfolgt; im Falle solcher theilweisen Wegnahme soll nur die polizeiliche Strafe des § 367 Z. 1 eintreten. Natürlich wird vorausgesetzt, daß nur ein verhältnißmäßig kleiner Theil weg-

*) Vgl. Appellhof Paris, 8. Juli 1875, Chareyre p. 275.

**) Vgl. auch Meves, Gerichtssaal XXVII. S. 367 ff.

genommen wird; die Wegnahme des größeren Theiles des Körpers fällt unter den § 168.

§ 28.

Das Delikt der Grabesstörung ist ein Vorsatzdelikt, fahrlässige Grabesbeschädigung ist straflos. Dolus besteht in dem Bewußtsein, daß eine Stätte Grabesstätte ist und daß die Handlung sie störe. Ausgeschlossen wird der Dolus durch den Glauben an eine Berechtigung, worauf alsbald (S. 220) einzugehen ist. Ein animistischer Glaube, wie z. B. daß der Todte ein Vampyr sei und man sich gegen ihn wehren müsse*), kann nur dann den Dolus ausschließen, wenn nicht lediglich vage Furcht vorlag, sondern der Thäter die Ueberzeugung hatte, daß der Todte in seine Rechtssphäre eingreife und daß ihm in solchem Falle das Recht zustehe, dagegen zu reagiren. Und der Glaube an diese Berechtigung muß ein fester sein, er darf kein leichtfertiger, frivoler sein; es ist daher nicht leicht auf ihn einzugehen.

Handelt es sich um die Wegnahme einer noch nicht bestatteten Leiche, so ist der Dolus stets gegeben, sofern der Thäter nicht selbst in einem berechtigten Interesse handelte**). Denn der Umstand, daß der Thäter annimmt, es habe Niemand ein specielles Recht an der Leiche, machte ihn noch nicht zu einem bona fide Thäter; auch nicht in Bezug auf die Leiche. Es gilt hier dasjenige, was oben (S. 74. 182. 201) über den Dolus ausgeführt worden ist.

Die genannten Delikte sind Vorsatz-, sie sind nicht Absichtsdelikte; die Absicht, den Todten zu schänden, ist nicht erforderlich.***)

---

*) Vgl. über diesen Glauben die bei Olshausen S. 683 cit. Entscheidung.

**) Ein Handeln im berechtigten Interesse und darum ein Handeln bona fide kann allerdings vorliegen, wenn Jemand auf Grund eines letzten Willens berechtigt zu sein glaubt, für eine bestimmte Art der Beerdigung des Todten Sorge tragen zu dürfen. Insofern scheint mir die Entsch. des Appelhofs Orleans 22. März 1887, Dalloz, Rec. Période. 89 II p. 29 problematisch Ist auch ein Testament revocirt oder ungültig, so kann doch Jemand, welcher auf Grund desselben, in der Meinung der Gültigkeit desselben, handelt, kraft bona fides entschuldigt sein.

***) Sollten sie daher auch in der Absicht erfolgen, dem Todten die Verehrung zu zeigen, z. B. um ihm eine bessere Bestattung zu geben. Vgl. die Entsch. des Cass.-Hofs oben S. 205, und Trib Issoudun 31. Dezember 1861, bei Chareyre p. 276.

§ 29.

Die Strafe der Verletzung des Leichenfriedens im schweren Falle (§ 168) ist Gefängniß bis zu 2 Jahren; und als Nebenstrafe kann Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte ausgesprochen werden. Solche Ehrenfolge ist angemessen, namentlich wenn

1) die Schändung des Leichnams besondere Roheit der Gesinnung beweist, und

2) wenn sie aus Gewinnsucht erfolgt.

Schon frühere Rechte statuirten in solchen Fällen Ehrenfolgen; so insbesondere auch das französische Recht. In einem Urtheil von 1711 wurde bestimmt, daß die Thäter im Hemd, mit Kerzen an der Kirchenthür stehend, ihr Vergehen bekennen mußten. Aehnlich ein Urtheil von 1708*).

Das Preuß. Strafgesetzbuch § 137 hatte gerade den Fall gewinnsüchtiger Absicht als den Fall vorgesehen, in welchem auf Ehrenfolge zu erkennen sei**).

Im Falle des § 367 Ziff. 1 ist die Strafe nur höchstens Haft bis 6 Wochen oder Geld bis 150 Mark. Ehrenfolge kann hier nicht eintreten.

§ 30.

Das heimliche Beiseiteschaffen der Leiche kann in der Absicht der Verunglimpfung der Leiche erfolgen; eine solche Verunglimpfung wird aber, so lange die Leiche noch nicht bestattet ist, und sofern die Leiche nicht aus berechtigtem Gewahrsam weggenommen wird, nicht an sich bestraft; sie wird nur bestraft, sofern darin ein Verstoß gegen die polizeilichen Anordnungen***) liegt, welche bestimmen, daß eine Leiche nur mit Vorwissen der Behörde beerdigt werden darf und daß dabei gewisse Vorsichtsmaßnahmen eingehalten werden sollen: Maßnahmen

*) Merlin, Répert. v. Cadavre nr. VIII. Ueber andere Entscheidungen aus älterer Zeit vgl. Chareyre p. 273 ff.

**) Goltdammer, Materialien II S. 270.

***) Vgl. C. pénal a. 358, 359; hier gilt es als besonders straferhöhend, wenn der Leichnam einer getödteten Person verheimlicht oder weggeschaft wird. Im englisch-amerikanischen Recht wird die Beiseiteschaffung des Leichnams eines unehelichen Kindes besonders in Betracht gezogen, Wharton § 1235 ff.

zu dem Zwecke, um mißbräuchliche Verdeckungen von Missethaten zu verhüten und um der furchtbaren Gefahr des Lebendigbegrabens zu entgehen. Daher tritt in diesen Fällen nur eine, dem polizeilichen Charakter der Bestimmung entsprechende, polizeiliche Strafe ein. Vgl. § 367 Ziff. 1 und 2.

§ 31.

Der Friede der Leiche dauert nicht ewig. Nach längerer Zeit ist entweder der Leichnam soweit zerfallen, daß er überhaupt nicht mehr den Charakter einer Individualität an sich trägt*); oder die Zeit ist soweit über die Persönlichkeit hinweg, daß diese, wenn überhaupt ein, nur noch ein uns entfremdetes historisches Interesse bietet, nicht mehr als mit uns verknüpft zu betrachten ist, sondern wie eine Persönlichkeit aus einem anderen Planeten uns entgegentritt.

In ersterer Beziehung müssen die Kirchhofordnungen Maß und Ziel setzen. In letzterer Beziehung ist es sicher, daß die Leichen in Hünengräbern, die egyptischen Mumien u. a. keinen Leichenfrieden mehr genießen. Wenn hier bezüglich der Ausgrabungen Bestimmungen ergehen, so ergehen sie im wissenschaftlichen Interesse, wie etwa die Bestimmungen bezüglich der Ausgrabung alter Säulen und Bildwerke.

Und sollte in dieser Beziehung ein Irrthum vorkommen, sofern man einen Leichnam in frühere Zeit setzt und ihn deßhalb ausgräbt, so ist ein justus error (kein Strafirrthum, sondern ein Irrthum über die strafrechtlichen Eigenschaften der Sache) gegeben, welcher entschuldigt und den Dolus ausschließt.

Aber auch außerdem hat der Todtenfriede seine Beschränkung

Wie die Todten ihr Recht haben, so auch die Lebenden. Das Interesse des Leichenfriedens muß weichen, wenn Rechte oder wesentliche Interessen der Lebenden im Widerspruche stehen**); nur soll in diesem Falle — außer bei Gefahr im Verzug — nicht der Einzelne, sondern die Obrigkeit eingreifen; dem Einzelnen muß die zum Frieden gebrachte Leiche heilig sein.

---

*) Eigenartig ist die Bestimmung des Strafgesetzbuchs von Venezuela von 1870 a. 187: das Delikt ist milder zu bestrafen, wenn der Leichnam tiene mas de dos anos de sepultado.

**) Daher spricht auch § 168 ausdrücklich von „unbefugter" Wegnahme und „unbefugter" Zerstörung und Beschädigung.

Ein solcher Zusammenstoß kann stattfinden mit Eigenthum oder dinglichem Rechte*): es ist ein Todter in meinem Eigenthum beerdigt worden, oder er ist beerdigt worden in einem Grundstücke, an welchem ich ein Pfandrecht habe, und dieses Pfandrecht wird dadurch wesentlich beeinträchtigt. Damit ist nicht gesagt, daß der Eigenthümer von sich aus exhumiren darf, wohl aber daß er die nöthigen Maßregeln der Obrigkeit provociren darf. Ein weiterer Zusammenstoß kann stattfinden, wenn processuale, namentlich strafprocessuale, medicinalpolizeiliche — oder selbst wissenschaftliche Interessen die Ausgrabung erheischen**). Beschließt die Nation, daß ein berühmter Todter eine würdigere Bestattung erhalten soll, so sind dies so nationale Interessen, daß ihnen der Todtenfriede weichen muß. (S. 210 cf. 208).

Aber auch die Kirchhofordnung kann mitunter, selbst wenn die Zeit des Todtenfriedens noch nicht erloschen ist, ein Zusammenrücken der Leichen für nothwendig erklären***). Wird eine solche Maßregel ordnungsgemäß durchgeführt, so ist von einer strafbaren Störung des Todtenfriedens keine Rede. Sollten dabei aber auch Ungehörigkeiten vorkommen, so sind dies zwar Ungehörigkeiten, aber sie erwachsen zum Delikt der Leichenschändung doch nur dann, wenn sie wesentlich aus dem Kreise der bestimmungsgemäßen Thätigkeit heraustreten. Insbesondere ist zu berücksichtigen, daß die Bestattungsleute entschuldigt werden müssen, wenn sie der Meinung sind, innerhalb der Grenzen ihrer Befugnisse zu handeln, oder in der Meinung, daß eine Ueberschreitung nur eben eine abgekürzte Procedur sei. Eine Bestrafung solcher Ungehörigkeiten nach Maßgabe des § 168 wäre viel zu strenge; †)

---

*) Wie es hier im römischen Rechtsleben, wo solches öfters vorkam, gehalten wurde, ist bekannt. Uebrigens sagten schon die Römer, daß der Eigenthümer die ossa illata nur kraft eines decretum pontificum oder eines jussus principis entfernen dürfe, fr. 8 pr. de relig. Sonstige Mitwirkung der Pontifices ergibt sich aus fr. 5 § 1 de mortuo inferend. und aus Inschriften bei Bruns, Fontes XV nr. 51 ff.

**) In einem solchen Falle kann die Ausgrabungsbehörde auch gestatten, daß Theile des Todten zu einem gerechtfertigten Zwecke entfernt werden, z. B. ein Knochen an seine Vaterstadt, oder an den Ort, wo er gewirkt hat.

***) Ueber diese Verhältnisse vgl. auch Dalloz, Répert. v. Culte nr. 769 ff.

†) Daher dürfte insbesondere die Entscheidung des Reichsgerichts 11. März 1885 XII S. 168 nicht richtig sein. Es hängt natürlich Vieles von den Umständen des Falles ab. Wenn aber die Todtengräber bei aufeinandergestellten

für solche Ungehörigkeiten wäre höchstens eine Polizeistrafe angemessen *).

§ 32.

Bei der Leichenverbrennung ändert sich das Behandlungs- und Aufbewahrungsverhältniß der Leiche, und die Bestimmungen des St.G.B. können sich hierauf nur beziehen, sofern sie nicht auf andersgeartete faktische Verhältnisse speciell berechnet sind. In dieser Hinsicht ist zu sagen: Das Grab, in welchem die Asche beigesetzt wird, ist ein Grab, und die hier beigesetzte Asche genießt ebenso den Todtenfrieden, wie der Leichnam bei der gewöhnlichen Beerdigung. Man kann zwar immerhin sagen, daß die Asche nicht in gleicher Weise die Individualität wiedergebe, wie der Leichnam; doch geht der andere Gesichtspunkt vor, daß hier jedenfalls die individuell gesonderten leiblichen Ueberreste des Todten ruhen, und auch in dieser Gestalt haben sie Anspruch auf Frieden.

Dagegen ist es nach der jetzigen Gesetzgebung nicht möglich, den § 168 auf die Wegnahme der Asche zu beziehen, welche die Hinterbliebenen des Todten in ihren Privaturnen für sich zurückbehalten. Zwar wäre eine extensive Interpretation, welche unter Leichen im Sinne des § 168 auch die Leichenasche versteht, nicht ausgeschlossen. Allein solche Interpretation zeigt sich als unmöglich, wenn man den § 367 Ziff. 1 damit in Bezug setzt; denn die Wegnahme eines Theiles der Asche kann nicht als Wegnahme eines Theiles der Leiche betrachtet werden; und es ergibt sich aus diesem Zusammenhalte, daß das Gesetz nur Leichen meint, bei welchen noch eine organische Gliederung der Theile besteht**).

Das italienische Strafgesetz hat, entsprechend den dortigen Verhältnissen, den Fall der Leichenverbrennung ausdrücklich berücksichtigt. Gestraft wird die Beschimpfung sopra un cadavere umano o sopra

---

Särgen, weil es an Platz fehlte, die Sargdeckel einstießen, so ist es sehr wohl möglich, daß sie hierin nur ein promptes Abhülfsmittel zur Raumgewinnung erblickten, und höchstens der Ungehörigkeit, nicht der rechtswidrige Verletzung des Todtenfriedens sich bewußt waren. Richtig Oesterr. Kass.-Hof 12. Dezember 1885, Nowak, Plenarbeschlüsse VIII 860.

*) Vgl. C. pénal a. 471 Ziff. 15 und dazu Kass.-Hof 25. November 1837, Dalloz, Rép. de Légis. v. Culte nr. 796 Note 1.

**) Vgl. Olshausen S. 681.

le sue ceneri; bestraft wird, wer sottrae per intero o in parte il cadavere o le ceneri; gestraft wird die Verletzung des Grabes und der Urne (il sepolcro o l'urna), und die qualifizirte Strafe trifft nicht nur die persona preposta o addetta al cimitero o ad altri luoghi di sepoltura, sondern auch denjenigen, welchem siano affidati il cadavere o le ceneri (a. 144).

§ 33.

Mit dem legitimen Uebergange einer Leiche an die Anatomie*) hört die Leiche auf, eine res extra commercium zu sein; sie wird weltlichen Zwecken dienstbar, und diese Dienstbarkeit für weltliche Zwecke ist nunmehr für ihre Rechtsverhältnisse maßgebend. Daher wird die Leiche hierdurch zur Sache im Rechtssinne, sie wird es in dem Moment, in welchem der Erwerb der Anatomie vollzogen ist; sie wird eine Sache im Sinne des Sachenrechts, sie wird Gegenstand des Eigenthums. Die Anatomie hat das Recht, sie nach Belieben zu zergliedern, ihre Theile aufzubewahren, Präparate zu bilden, wegzugeben, zu verkaufen;**) und die Leiche, und ihre Theile, sind, wie sonstiges Eigenthum durch die Gesetze gegen Diebstahl und Unterschlagung strafrechtlich geschützt. Dieses Sachenverhältniß besteht solange und insoweit, als nicht die Anatomie den Leichnam, bezw. was vom Leichnam übrig ist, zur Bestattung zurückgibt. Mit dem letzteren Momente hört die Sacheneigenschaft wieder auf, und die Leiche tritt in ihre Friedensstellung zurück; sie hört auf, menschlichen Zwecken dienstbar zu sein und wird wieder eine Todtenhülle, bezüglich welcher höchstens familienrechtliche oder publicistische Berechtigungen möglich

*) Ueber die Voraussetzungen eines solchen Ueberganges ist hier nicht zu handeln; häufig besteht ein Recht der Angehörigen, die Leiche herauszuverlangen, dann ist dies ein Familienrecht in oben angegebenem Sinne. Vgl. auch St P.O. § 486 I. Abs. (entsprechend dem a. 14 des C. pénal). Daß ein Vertrag, worin Jemand seinen Leichnam der Anatomie widmet, an sich unverbindlich und unwirksam ist, bedarf keines Nachweises; vgl. auch Mittelstein, Goltd. Arch. XXXIV S. 179 ff. Ein solcher kann nur in Betracht kommen neben anderen, von der Landesgesetzgebung bestimmten Umständen, welche die Anatomie berechtigen. Im Uebrigen vgl. Pand. Belg. v. Cadavre nr. 59 ff

**) Daher kann insbesondere auch einem Studirenden gestattet werden, einen Theil einer anatomischen Leiche mitzunehmen und der Studien wegen zu behalten.

sind; sie wird wieder Todtenhülle, bezüglich welcher das Interesse des Todtenfriedens strafrechtlich zur Geltung kommt.

Auch das wird man sagen müssen, daß es eine Verletzung der der Leiche geschuldeten religio wäre, wenn Jemand einen ihm zu anatomischen Zwecken übergebenen Leichnam zu industriellen Zwecken verwenden würde, da durch die Widmung der Leiche zu anatomischen Zwecken ihr specifischer Charakter relativ, aber doch nur relativ erlischt.

§ 34.

Wenn wir schließlich die Frage aufwerfen, ob das Interesse des religiösen Schutzes und die strafrechtlichen Bestimmungen über diesen Schutz zu den Materien gehören, welche durch das Reichstrafgesetzbuch in einer die Landesrechte ausschließenden Weise umfaßt sind (§ 2 E.G. zum St.G.B.), so muß dieses bejaht werden*). Das Reichstrafgesetzbuch hat, sowohl hinsichtlich der Art als des Umfanges des Religionsschutzes, in bindender Weise Maß und Ziel gesetzt, so daß, was nicht als strafbar erwähnt ist, damit per consequentiam der Strafe entrückt ist — sei es, weil es überhaupt nicht als Eingriff in die Kulturinteressen gilt, sei es weil angenommen wird, daß ein solcher Eingriff das strafrechtliche Einschreiten nicht motivirt. Dasselbe gilt auch bezüglich der Delikte gegen den Leichenfrieden**).

Polizeiliche Anordnungen und polizeiliche Strafen in Bezug auf das Beerdigungswesen sind dadurch nicht ausgeschlossen. Das Strafgesetzbuch hat das Polizeischutzrecht nur nach bestimmten Richtungen fixirt; es gestattet, in dieser Beziehung neue Normen zu geben; denn zwischen den polizeilichen Anordnungen, welche durch Strafsanktion gesichert werden, und zwischen dem Gebot des Unterlassens der Interessenverletzung und den entsprechenden Strafbestimmungen ist eine tiefe Kluft. Das Reichsstrafgesetzbuch wollte nur in ersterer Richtung abschließend sein; in letzterer Beziehung wollte es nur einzelne Bestimmungen ein für allemal festsetzen und überließ das übrige der Localverordnung. Das eine war ebenso richtig, wie das andere.

---

*) Unrichtig Binding, Handbuch des Strafrechts I S. 322.

**) Unsere obige Untersuchung dürfte die Unrichtigkeit der Behauptungen Bindings a. a. O. I S. 322 dargethan haben, daß die Thatbestände der §§ 166—168 heterogen seien, sich nicht zum Ganzen zusammenschlössen; auch daß die Ueberschrift vage sei, ist nicht zutreffend.

Nachträge.

Zu S. 18 Note **)

Ebenso hat der Gerichtshof in Allahabad angenommen, daß noch kein attempt der Bigamie vorliegt, wenn lediglich die Aufgebote zur zweiten Ehe gemacht sind. Stokes, Anglo-Indian Codes 1. p. 70.

Zu S. 20.

Ueber das Subjektive des Gefahrbegriffes vgl. Finger, der Begriff der Gefahr und seine Anwendung im Strafrecht (Separatabdruck aus der Prager Juristischen Vierteljahresschrift) 1889 S. 13 ff., 20 ff. (mit treffender Kritik gegen Kries).

Zu S. 22.

Für die Individualgefährdungstheorie auch Giachetti, dei reati e delle pene in generale (1889) II. p. 505 ff., 515 ff.

Zu S. 41.

Neuerdings ist nun auch die Entscheidung Reg. v. Collins überholt worden durch eine Entscheidung des Court of Crown Cases Reserved vom 2. November 1889 (Law Reports 24 Quens Bench Division 357).*) Es handelte sich allerdings um den Versuch eines anderen Deliktes, dabei war aber auf die freisprechende Entscheidung Reg. v. Collins als analog verwiesen worden. Der Gerichtshof erklärte das Objekt als ein taugliches, fügte aber bei, daß auch die Entscheidung Reg. v. Collins nicht mehr maßgebend sei.

---

*) Mittheilung von Herrn Dr. Ernst Schuster in London.

Obgleich nun dieser Ausspruch nicht das volle Gewicht eines Erwägungsgrundes hat, welcher allein oder doch an erster Stelle das Urtheil stützt, so ist derselbe als Ansichtsäußerung von erheblichem Gewichte. Die richtige Ansicht hat damit einen neuen Triumph erfahren.

Zu S. 50 ff.

Verpflichtungen zur Hinderung des Deliktes lassen sich allerdings in der Geschichte des Rechts mannigfach verfolgen.

Ich erwähne nur eine Stelle aus dem Stadtrecht von Thiengen (Baden) von 1615 (Gemeindearchiv Thiengen C. Nr. 3):

Und welcher auch zuegegen ist, so ein todtschlag beschicht unnd den todtschleger hinlasst kommen, ob er das wenden mag, der ist auch meinaidig und darzue verfallen fünff pfundt haller der statt Thuengen.

Eine Pflicht der Hinderung des Ehebruchs ist angenommen in dem Schöffenurtheil von circa 1550, Z. f. d. ges. Strafrechtsw. X. S. 435 ff. (mitgetheilt von Distel).

Zu S. 67 ff.

Der Vorsatz ist also Bewußtseinsmoment, welches, da die That in diesem Bewußtsein gewollt ist, zugleich ein Willensmoment ist. Man vergleiche über diese Frage nun auch Frank, in der Zeitschr. f. die gesammte Strafrechtsw. X. S. 169 ff., 208 ff., 217 ff.

Zu S. 72 ff.

Vgl. jetzt auch Heinemann, die Binding'sche Schuldlehre. Ein Beitrag zu ihrer Widerlegung; namentlich S. 110 ff.

Zu S. 73.

Die vage Meinung, man sei zur Selbsthülfe berechtigt, wäre nicht substantiirt genug, um als Grundlage eines straflos machenden Irrthums zu gelten. Vgl. R.G. 6. Juni 1889 Entsch. XIX, S. 298. Hierbei muß aber noch Folgendes berücksichtigt werden:

Wenn der Eigenthümer einer Wohnung einem Miether gegenübertritt, welcher die Wohnung nach Ablauf der Zeit nicht räumen will, so kann der Glaube des Eigenthümers, es liege in der Handlungsweise des Miethers ein präsenter Angriff auf sein Eigenthum gegen den ihm die Gegenwehr gestattet sei, in einer irrigen civi-

listischen Auffassung beruhen; in der Auffassung nämlich, als ob die unbefugte Fortsetzung des Gewahrsams zugleich ein unbefugtes Eintreten in das Eigenthum und sein Genußrecht in sich enthielte — welche civilistische Auffassung allerdings irrig wäre, weil sie die Bedeutung des Gewahrsams, der Innehabung verkennt. Auf Grund dieses Irrthums aber kann der Glaube, eingreifen zu dürfen, sich als Glaube an Nothwehr charakterisiren, und kann daher eine putative Nothwehr begründet sein.

Zu S. 74 Note *).

Vgl. nunmehr auch das Urtheil des R.G. 27. Mai 1889 Entsch. XIX. S. 287 ff. Die Meinung, daß der Beamte instruktionelle Unregelmäßigkeiten sich zu Schulden kommen ließ, kann nicht die bona fides begründen. Wohl aber ist dem Reichsgericht entgegenzuhalten, daß die Meinung, die Pfändung einer Sache als fremder Sache sei nichtig, eine sehr plausible Meinung kein kann, welche sich außerhalb des Kreises der bloßen, für die Gültigkeit irrelevanten, Unregelmäßigkeiten bewegt; insbesondere wenn der Schuldner sofort das fremde Eigenthum nachweist und gegen die Pfändung protestirt. In solchem Falle kann daher unter Umständen gleichfalls ein die Bestrafung ausschließender Civilirrthum vorliegen.

Zu S. 108 Note.

Vgl. auch Dieffenbach, die Willensfreiheit und die deutsche Rechtswissenschaft, insbesondere die Strafrechtslehre (Lich 1889, Selbstverlag), welcher von dem Determinismus ausgeht.

Für den Indeterminismus neuerdings Birkmeyer, Krit. Vierteljahresschrift N. F. XII. S. 539 ff.

Zu S. 119.

Daß der Anstifter zugleich Hehler sein kann, darüber vgl. nunmehr auch R.G. 4. Juli 1880 Entsch. XIX. S. 354 ff.

Zu S. 148.

In 1 Annae, stat. 2 c. 9. s. 1 ist gesagt,*) daß

*) Vgl. Statutes at Large (London 1811) III. p. 621. Hier, wie sonst, mit den üblichen kleinen Anfangsbuchstaben, nicht in der Schreibart der Parlamentsakten wiedergegeben.

if any principal offender shall be convicted of any felony, or shall stand mute, or peremptorily challenge above the number of twenty persons returned to serve of the jury, it shall and may be lawful to proceed against any accessory, either before or after the fact, in the same manner, as if such principal felon had been attainted thereof, notwithstanding any such principal felon shall be admitted to the benefit of his clergy, pardoned, or otherwise delivered before attainder; and every such accessory shall suffer the same punishment, if he or she be convicted, or shall stand mute, or peremptorily challenge above the number of twenty persons returned to serve of the jury, as he or she should have suffered if the principal had been attainted..

Zu S. 155.

Auch das spanische Recht ging von dem Satze aus, daß, wer den Schuldigen aufnimmt und nicht herausgibt, wie ein Strafbürge zu haften habe; ebenso wie civilistisch derjenige, welcher einen Schuldner verbirgt, für seine Schuld: sea tenido, y obligado a las penas que el malhechor debia padescer por su delito, y a la deuda que el deudor debiere.

So die Ley von Toledo von 1480 (bei Perez, Ordenanzas reales de Castilla (Madrid 1779) III p. 358, 362.

Zu S. 159.

18 Elizabeth c. 5. s. 3 besagt:*) that no such informer or plaintiff shall or may compound or agree with any person or persons that shall offend, or shall be surmised to offend, against any penal statute for such offence committed or pretended to be committed, but after answer made in court unto the information or suit in that behalf exhibited or prosecuted, nor after answer, but by the order or consent of the court in which the same information or suit shall be depending; upon the pains and penalties hereafter in this present act set down and declared; . . . . .

Die Strafe ist nach s. 4 Geldstrafe und Ehrenstrafe: Pranger und Verlust des Anklagerechts.

---

*) Vgl. The Statutes at Large (London 1812) II. p. 505.

Zu S. 176.

Die Beschimpfung eines religiösen Gebrauches kann auch durch thatsächlichen Mißbrauch erfolgen. So jener schreckliche Fall, wo Jemand ein Kirchengeläute veranlaßte, als sein Hund gestorben war. Cass.-Hof Rom 5. Januar 1887 Rivista Penale XXV S. 433.

Zu S. 198. Hierher gehört auch der Fall, welcher bei dem oberst. Gerichtsh. München 2. Okt. 1874 zur Entscheidung kam (Entsch. 1875 nr. 113 S. 412): ein Pfarrer hatte einige Mädchen geohrfeigt. Es wurde angenommen, daß, wenn auch eine solche Züchtigung nach den Verhältnissen des Falles unpassend ist, sie doch nicht nach § 167 strafbar sei. Mit Recht. Wer in der Aufrechterhaltung der Ordnung zu weit geht und unpassende Maßregeln trifft, begeht damit noch keine Unordnung.

Zu S. 202.

Zu a. 142 ff. des italienischen Strafgesetzbuch vergleiche nunmehr auch Pessina, Jl nuovo codice penale Jtaliano I p. 171 ff.

Zu S. 204.

Vgl. neuerdings Crusen, der strafrechtliche Schutz des Rechtsguts der Pietät.

Der Verfasser construirt ein Rechtsgut der Pietät, welches durch die Delikte gegen Leichen verletzt werde. Anstatt das Interesse von der Person loszulösen, construirt der Verfasser ein Rechtsgut, dessen Träger das Individuum, das lebende Individuum, das Einzelindividuum sei, welches in seinem Gefühle verletzt werde. Darin liegt der Irrthum der Schrift, die übrigens viel treffendes im Einzelnen, insbesondere eine interessante Zusammenstellung fremder Rechte bietet

Eine richtige Konstruktion kann erst erzielt werden mit der Annahme, daß es Interessen der menschlichen Kulturwelt gibt, welche den rechtlichen Schutz finden, obgleich sie sich nicht auf eine oder mehrere Personen als Träger condensiren, obgleich sie sich nicht als Rechte oder Rechtsgüter darstellen. Warum sollte denn nicht auch schon Fortschritt und geistige Größe der Menschheit ihren Schutz finden, auch ganz abgesehen von dem Reflex, welchen diese Potenzen auf das einzelne Individuum werfen? Das Individuum ist für die Menschheit da, nicht die Menschheit für das Individuum, und es

zeigt sich auch hier wieder die große Bedeutung der metaphysischen Ausgangspunkte. Vgl. meine Schrift über das Wesen der Strafe S. 20.

Zu S. 218.

Neuerdings hat der Pariser Cassationshof 31. Oktober 1889, Dalloz, Recueil périodique 90 I p. 137, 138, ausgesprochen, daß zum Leichendelikt die Absicht der Leichenschändung nicht erforderlich sei, und daß daher auch Jemand, welcher, um den umliegenden Boden gesünder zu machen, durch den Friedhof einen Kanal legt und dabei Leichen bloslegt, verantwortlich wird.

Man muß aber dabei wieder die Beschränkung machen, daß ein Delikt nicht vorliegt, wenn der Thäter ein Recht zu seiner Handlungsweise zu haben glaubte.

I.

Inhalt.

		Seite
I.	Der strafbare Versuch, insbesondere der sog. untaugliche Versuch	7
II.	Unterlassungsdelikte	45
III.	Vorsatz und Absicht	67
IV.	Causalismus und Urheberschaft	83
V.	Mitthäterschaft und Beihülfe	92
VI.	Anstiftung	106
VII.	Ueber Charakter und Grenzen der Begünstigung	154
VIII.	Vergehen gegen die Religion	160
	Nachträge	225

II.

Alphabetisches Register.

(Die Zahlen verweisen auf die Seiten.)

Aberglaube, Bedeutung für Delikte 10, 30, 212, 218.
Aberratio ictus 142
Abgeleitetes Unterlassungsdelikt 63.
Absicht 67, 167, 182, 197, 199, 201, 218, 230; bei Anstiftung 129.
Absichtsdelikte 75; vgl. 182, 201, 218; Agent provocateur 123.
Abtreibung, Versuch 22, 41
Accessory before the fact 103, 146, 150.
Accomplices 147.
Aergerniß 171.
Aeußerung, beschimpfende 172.
Agent provocateur 121.
Alpenführer 57.
Altkatholicismus 174.
Amtsdelikte, Anstiftung 134.
Amtsgewalt, Mißbrauch 189.
Anatomie 223.
Anfang der Ausführung 9.
Animismus, Glauben bezüglich der Leichen 205, 212, 218.
Anstifter und **-ung** 106; mehrere 120; als Agent provocateur 121; eines Agent provocateur 126; Absicht 79, 140, 145; A. schließt Begünstigung aus 117; Beihülfe zur A. 120; A. zum Selbstmord 144, 151, zu Meineid 131, zu Amtsdelikten 134, zur Gefangenenbefreiung 135, zur Kuppelei 136. A. eines Ausländers 137. Mittelbare A. 139. Exceß 140; Error, Aberratio 142. Revocation 143. Erfolglose A. 153.
Apostolisches Glaubensbekenntniß 179.
Argentinisches Gesetzbuch: Unterlassungsdelikt 51; Anstiftung 83; Beihülfe 103; Mitwirkung zum Selbstmord 145; Begünstigung 155, 157; über Religionsdelikte 163.
Aufhebung der früheren Thätigkeit keine Unterlassung 61.
Ausländer, Anstiftung eines A 137.

Bankrutt, Dolus 78.
Bedingung, Gegensatz zur causa 83.
Begräbnißstätten 209.
Begünstigung, 154, Dolus 77; kann nicht mit Theilnahme concurriren 117; Personen- und Sachbegünstigung 156.
Begünstigungsbeihülfe 102.
Beihülfe 92; zur That mit Unzurechnungsfähigen 99; psychische 101. Spanisches Recht 103; argentinisches 104; schwedisches, italienisches 104. B. zur Anstiftung 120; zu einem Delikt gegen sich selbst 38.
Beschimpfende Aeußerungen 168.
Bestattungsrecht 207.
Betrug 75; Versuch untauglicher 34.
Bibel 179.
Blinder, Unterzeichnung der Urkunde durch Bl. 132.
Blumen am Grab, Recht an denselben, Delikte 209, 214.

Causalismus 83; bei Anstifung 107.
Charakter, Schöpfung des 107.
Christus, Beschimpfung Christi, ob Gotteslästerung 167, 180.
Cölibat 177.
Determinismus 107.
Dichtung, wenn Personen beschimpfende Aeußerungen thun 173.
Diebstahl, Absicht 75; Nothwehr 75; Agent provocateur 124, 128. D. der Leiche 223, ihrer Kleider 211; Kirchendiebstahl 194, 199.
Dolus, s. Vorsatz, Absicht; eventualis 71, 201.

Dominus causae 89.
Drohung 189.

Einschleichen 18.
Einrichtungen, religiöse 176.
Englisch-amerikanisches Recht: untaugl. Versuch 41. 225; culpa dolo determinata 69; Theilnahme am Delikt, principals und accessaries 146, 150; bezügl. der Strafverfolgung 148, 150; Betheiligung am Selbstmord 151; Begünstigung 154, 155, 156; Religionsdelikte 163, 194.
Entführung 78.
Erbbegräbniß 209.
Error in persona 142.
Exceß 140.

Feuerbestattung 208.
Feuerwächter 53.
Fluchen 169.
Französisches Recht bez. des untaugl. Versuchs 40; bez. der Religionsdelikte 191, 194, 213, 217, 219.

Gebräuche, religiöse 176.
Gefahr 20. 225.
Gefangenenbefreiung, Anstiftung 135.
Gehülfe s. Beihülfe.
Geistlicher, Hinderung am Gottesdienst 188.
Gemeinde, Beerdigungsrecht, Recht am Kirchhof 210
Geständnißerpressung 78.
Gewerbsmäßigkeit 133.
Glaubenseinheit 162.
Glaubensfreiheit 162.
Gläubiger, Rechte am Leichnam des Schuldners 212.
Gott, Gottesbegriff, theistischer, Schutz 165.
Gotteslästerung 165.
Gottesdienst 185, 190.
Gottesdienstliche Verrichtung 186, 190.
Grab 209, 214, 216.
Grabmal 209, 214, 215, 216.
Hehler, Theilnehmer kann H sein 119. 227.
Heiligenkultus 179.

Idealkonkurrenz, Anstiftung zu mehreren Delikten 116.
Indeterminismus 107.
Indian Code; untaugl. Versuch 43; Unterlassungsdelikte 52; Vorsatz 71; Anstiftung 150. 152.
Internationales Strafrecht, Anstiftung eines Ausländers durch Inländer; 137; Religionsdelikte 203.
Irrthum, die Strafbarkeit aufhebender, 72, 182, 187, 192, 201, 218, 220. 226, 227, 230.
Jus tollendi, bezüglich der Grabesausstattung 209, 215.

Kenotaph 216.
Kirche (lokal) 194; als besonders privilegirte Religionsgenossenschaft 173.
Kirchhof 194; privater 208.
Kriegsverrath, Mitthäter 50.
Kultstörung 183. Rechtswidrigkeit 187, 192
Kulturinteressen im Strafrecht 161.
Kultus 177, 183.
Kuppelei, Anstiftung 136.

Lärm 197.
Lästerung, Begriff 167
Landfriedensbruch 77, 213
Lehre religiöse, Beschimpfung 176, 178.
Leiche, als Rechtsobjekt, Objekt des Familienrechts 206. Verträge über L. 206. Schutz der L. 165, 204. Transport 206, 210. Leichenpolizei 210, 224. Leichenverbrennung s. Feuerbestattung.
Leichenwärter, Leichendelikt 211, 217.
Leuchtthurmwärter 59.
Lokal, zum Gottesdienst bestimmtes 193.

Markendelikt, Agent provocateur 125.
Meineid, Versuch 32; Anstiftung 131.
Meuterei, Beihülfe 50.
Misprision 156, 159
Mittel, untaugliches 7.
Mittelbare Urheberschaft s. Urheberschaft.
Mitthäterschaft 92.
Mönchswesen 177.
Münzdelikt 76; Agent provocateur 124.

Nichtanzeige 47, 118.
Nothwehr 36; bei Diebstahl 75.
Nothzucht, mittelbare Urheberschaft 94, 131.

Objekt, untaugliches 7, 31.
Oeffentlichkeit 170.
Ornat 178.

Papstthum 177.
Principal 125, 446, 150.

Polizeidelikte 162.
Priesterehe 177.
Putativdelikt 14, 37.

Rechtsbeugung. Versuch 35.
Rechtsirrthum s. Irrthum.
Religion, Delikte gegen die R. 160. Herabsetzung der R. 165.
Religionsgenossenschaften 178, 183; in den Schutzgebieten 182, 184.
Res sacra, Sachbeschädigung 202.
Revocation der Anstiftung 143.
Rücktritt vom Versuch 38, 143.
Russischer Entw. bezügl. des unt'augl. Versuchs 43; bezügl. der Anstiftung 143; bezügl. der Beihülfe 105; Urkundendelikt 132. Revocation der Anstiftung 143.

Sachbeschädigung einer res sacra 202.
Salvatorium 64, 66.
Schuldtheilnahme 106.
Schutzgebiet, Religionsschutz 182, 184.
Seelenmesse 179.
Selbstmord, Anstiftung 144, 151.
Spanisches Recht, bezügl. autores und complices 103; Anstiftung 141, 143, 154; Begünstigung 155; Religionsdelikte 163.
Stempelfälschung 76.
Störung 196.
Subjektive Theorie bei Versuch 25.
Taschendiebstahl, Mitthäterschaft 94, Versuch 41.
Testamentarische Bestimmung über Beerdigung 207, 218.
Thätlichkeit gegen Geistliche 188.
Theilnahme an fremder Schuld 106.
Todtbeten 10.
Tödtung eines Einwilligenden 128.
Travestie, ob Gotteslästerung 169.

Unfug 199, 214.
Unordnung 198, 229.
Unterlassungsdelikt 45; abgeleitetes 63. Unterlassung bei Begünstigung 158.
Urheberschaft 83; durch Benützung der erregten causa 87; mittelbare 113.
Urkundenfälschung, Versuch 19; Dolus 77; mittelbare Thäterschaft 131.

Vampyrglauben 212, 218.
Verführung (Corruption), nicht Anstiftung 82
Vergiftung, dolus 76.
Versuch, sein Charakter 16; untauglich 7.
Vorsatz 67, 182, 187, 192, 201, 205, 218, 220, 226, 227, 230.

Widerstand gegen die Staatsgewalt 73.

III.

Rechtsquellen.

I.

Reichsstrafgesetzbuch.

§	Seite
4 Z. 3	203
49a	119
50	111, 137
52	115, 131
87	78
103a	200
106	189
107	189
114	189
124	77
125	77, 213
131	77
135	200
143	77
146	76
147	76
151	76
137 Z. 1	134
160	116, 130
166	165, 170, 173, 183, 185
167	183, 185, 188, 189, 201
168	204, 217, 218, 222
177	130
178	146
194	202
216	144
224	91
229	76
234	78
236, 237	78
243 Z. 1	194
247	138
252	78
253	75, 130
257	75, 77, 130
257 Abs. 3	118
258	75, 130
259	75
263	130
265	75, 130
266	130
267	77
268	77, 130
272	77, 130
273	130
275	76
288	77
304	202, 215, 216
307 Z. 1	91
Z. 2	78
Z. 3	67
310	122
331	130
332	130
333	47
334	47, 130
339	188, 189
343	78
346	78
349	77, 130
360 Z. 4	76
361 Z. 4	52
367 Z. 1	217, 219, 220, 222
Z. 2	220

II.

	Seite
Einführungsgesetz § 2	224
Seemanns-Ordnung § 92	50
Militärstrafgesetzbuch § 60, 77, 104	50
Dynamitgesetz § 7	78
Konkursordnung § 209	78

Seite

Strafprozeß Ordg. § 170 215
— § 486 223

III.

§ 8 J. de obl. quae ex del. S. 128.
fr. 8 pr. de relig. S 221.
fr. 1 § 8; fr. 3 de mort. infer. S. 192.
fr. 5 § 1 eod. S. 221.
fr. 11 § 2, fr. 22 § 4 quod vi aut clam S. 215.
fr. 46 § 8 de furt. S. 128.
fr. 2 de sep. viol. S. 215.
fr. 1 de receptator. S. 158.
c. 20 de furt. S. 128.
c. 1 und 2 de bis qui latron. S. 158.
Gajus III 198 S. 158.
Cicero, de finibus II 18 § 59 S 51.

c. 3 C. XXII qu. 2 S. 33.
c. 13 C. XXII qu. 5 S. 33.

Bambergensis 198, Carolina 172 S. 199.
Preuß. St G B.
135 S. 176, 179
137 S. 219.
Preuß. L R. II 11 § 183, 188—190 S. 210.

IV.

Code pénal.

a. 14 S. 223.
a. 260 S. 191.
a. 261 S. 194, 197.
a. 263 S. 202.
a. 301 S. 76.
a. 317 S. 99.
a 358, 359 S. 219.
a. 360 S. 213, 217.
a. 471 Z. 15 S. 222.
Gesetz vom November 1887 S. 207.
Decret vom 23. Prairial XII S. 208, 209, 210.

Belgisches Strafgesetzbuch.

a. 66 S. 153.

Italienischer Codice penale.

a. 63 S. 102, 152.
a. 64 S. 102, 104.
a. 65 S. 113.
a. 66 S. 141.
a. 140 S. 195.
a. 142 S 202.
a. 144 S. 205, 217, 222.
a. 370 S. 145.

Spanisches Strafgesetzbuch.

a. 11 S. 103.
a 13 S. 103.
a. 15 S. 103
a. 20, 21 S. 53.
a 68 S. 104.
a. 69, 71, 73 S. 155.

Spanischer Entwurf.

a. 26 S. 141, 154.
a. 28 S. 143.
a. 208—216 S. 163.
Ley de Siete Partidas VII 26 l. 2. S. 163.

Argentinisches Strafgesetzbuch

a. 31 S. 104.
a. 33 S. 83.
a. 34 S. 141.
a. 49 S. 103.
a. 51 S. 51, 103.
a. 53 S 49.
a. 55 S. 52.
a. 60 S 100.
a. 62, 64 S. 155.
a. 66 S. 157.
a. 74, 75 S. 53.
a. 220 S. 145.
a. 443 S. 163

Chile.

a. 138 S. 163.
a. 139 S. 194, 195, 202.

Venezuela.

a. 13 S. 104.
a 187 S. 220.

Guatemala.

a. 29. S. 109.

V.

Holländisches Strafgesetzbuch.

a. 47 S. 141, 153.
a. 48 S. 98,
a. 49 S. 141.

Schwedisches Strafgesetzbuch

c. 3 § 1 S. 143.

§ 3 und 5 S. 104.
§ 7 und 8 S. 50.
Gesetz vom 28. Oktober 1887, S. 170, 181.

Oesterreichisches Strafgesetzbuch.

§ 306 S. 215.

Ungarisches Strafgesetzbuch.

§ 69 S. 102.
§ 192 S. 202.

Russisches Strafgesetzbuch.

a 1693 S. 132.

Russischer Entwurf.

a. 45 S. 44.
a. 47 S. 105, 143.
a. 49 S. 132.

VI.

Englische Gesetze und Entscheidungen.

18 Elizabeth c. 5 s. 3 S. 159, 228.
1 Mary sess. 2 c. 3 s. 2 S. 194.
1 Annae st. 9 s. 1 S. 148, 228.
7. Will. und 1 Vict. c. 85 s 6 S. 41.
24. 25 Vict. c. 94 s. 2 S. 148 und c. 100 s. 36 S. 191.
Reg. v. Bannen S. 124.
Reg. v. Collins S. 41.
Rex v. Dyson S. 151.
Reg. v. Isaacs S. 43.
Reg. v. Pherson S. 41.
Reg. v. Valler S. 124.

Indian Code.

a. 108 S. 139, 150.
a. 110 S. 151.
a. 113 S. 151.
a. 114 S. 151.
a. 115. 116 S. 153, 154.
a. 118 S. 67.
a. 119 S. 52.
a. 120 S. 67.
a. 300 S. 71, 152.
a. 302, 304, 305, 302, 309 S. 152.
a. 312. S. 43.
a. 511 S. 43.

Amerikanische Statuten.

S. 149, 150, 155.

Japanisches Strafgesetzbuch.

a. 264, 265, 266 S. 217.

IV.

Ausländiſche Literatur.

Stephen, New Commentaries on the Laws of England.
Stephen, a Digest of the Criminal Law (4 Ed. London 1887).
Russell, a Treatise on crimes and misdemeanors. 5th Ed. by S. Prentice.

Sodann die Statutenausgabe:

The Statutes at large of England and of Great Britain (London 1811 ff.)*)

Stokes, The Anglo-Indian Codes. Oxford 1888.

Bishop, Commentaries on the criminal Law. 7th Edition. Boston 1882.
Wharton, a Treatise on the criminal Law of the United States. 7th Edition Philadelphia 1874.
Livingston, The complete Works of Edward Livingston on criminal Jurisprudence. New York 1873.

Boissonade, Projet révisé de Code Pénal pour l'Empire du Japon (1886).

Silvela, El Derecho Penal, estudiado en principios y en la legislacion vigente en Espana (Madrid (1874)
Laget et Laget-Valdeson, Théorie du Code Pénal Espagnol comparée avec la Législation française (Paris 1881).

Haus, Principes généraux du droit pénal Belge.

Tissot, le Droit pénal. 3me Ed. (Paris 1888).
Ortolan, Eléments de droit pénal. 4me Edit.
Chareyre, Traité de la législation relative aux cadavres. (Paris 1884).
Sirey, Recueil général des lois et des arrêts.
Dalloz, Jurisprudence générale. Recueil Périodique.

Giacchetti, dei reati e delle pene in generale secondo il Codice penale Italiano (1889).
Pessina, Il nuovo Codice penale Italiano (1890).
Rivista penale, (eine äußerſt reichhaltige Zeitſchrift; jetzt am XXXI. Band).

Van Emden, Het Wetboek van Strafrecht. (1887).

Anzuführen iſt noch bezüglich des öſterreichiſchen Rechts:

Nowak, Plenarbeſchlüſſe und Entſcheidungen des k. k. Oberſten Gerichts- als Kaſſationshofes.

*) Bei Wiedergabe der Statuten iſt die gewöhnliche Schreibweiſe mit kleinen Anfangsbuchſtaben gewählt.